

THÈSE DE
PARIS.
1884
N^o. 36.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE
L'ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ

DROIT FRANÇAIS
THÉORIE
DU PARTAGE DÉCLARATIF

ORIGINES COUTUMIÈRES
APPLICATIONS PRATIQUES DANS NOTRE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR
G. DISLEAU
Avocat à la Cour d'appel de Paris

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

1884

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

L'ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ

DROIT FRANÇAIS

THÉORIE

DU PARTAGE DÉCLARATIF

ORIGINES COUTUMIÈRES

APPLICATIONS PRATIQUES DANS NOTRE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Jeudi 24 Avril 1884, à onze heures*

PAR

G. DISLEAU

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PRÉSIDENT : M. PAUL CAUWÈS

SUFFRAGANTS	}	MM. DEMANTE	}	PROFESSEURS
		GÉRARDIN		
		ALGLAVE		}
LARNAUDE				

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1884





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN.

DE

L'ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ.

L'indivision dès qu'elle est involontaire, *communio incidens*, a toujours été considérée par le législateur comme préjudiciable aux intérêts économiques.

L'ancien droit romain en avait, tout de suite, conclu que les communistes étaient tenus de l'obligation de partage.

Cette obligation s'exécute, au moins à l'époque du droit romain classique, de deux façons différentes :

A l'*amiable* : les communistes déterminent entre eux, sans intervention de justice, la part de chacun. Le droit civil, il est vrai, ne sanctionne pas un semblable pacte ; mais on voit, plus tard, dans l'exécution volontaire de quelqu'une des parties intéressées, la création d'un de ces contrats *do ut des, do ut facias* qui conduisent par le jeu des principes prétoriens à la pleine exécution des conventions (L. 45 *De pact.* — L. 21 *C. De pact.*)

Dès qu'il devient possible par le procédé que nous

venons d'indiquer, le partage amiable est encouragé (L. 57 *Fam. ercisc.*).

En justice : plus fréquemment, pour sortir d'indivision, les communistes s'adressent au magistrat, lui demandent un juge et une formule.

Cette formule est celle de l'une des trois actions divisaires : *finium regundorum*, *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ*.

Ces trois actions ont chacune un rôle à part et ne veulent pas être confondues.

L'action *finium regundorum*, plus spéciale, est réservée aux contestations qui s'élèvent entre voisins sur la limite de leurs propriétés.

L'action *communi dividundo* a un caractère absolument général. Elle s'applique entre tous copropriétaires sans distinguer à quelle cause se rattache l'indivision.

L'action *familiæ erciscundæ* suppose que l'indivision procède de la vocation de plusieurs personnes à une même hérédité.

C'est cette dernière action que nous nous proposons d'étudier. Pour le faire, nous suivrons l'ordre qui nous est tracé par les jurisconsultes de l'époque classique dès qu'ils distinguent deux périodes dans toute procédure romaine : la procédure *in jure* devant le magistrat, la procédure *in judicio* devant le juge.

Un troisième chapitre sera consacré à l'étude rapide des effets du partage à Rome.

Nous pensons que cet ordre nous permettra de traiter à sa place, et sans en omettre aucune, toutes les questions que comporte l'examen de l'action *familiæ erciscundæ*.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ACTION *FAMILIÆ ERCISCUNDÆ* CONSIDÉRÉE IN JURE.



L'action *familiæ erciscundæ*, que nos plaideurs viennent demander au magistrat, est d'origine très ancienne. Gaius nous la présente comme dérivant de la loi des Douze-Tables (l. 1 pr. *Fam. ercisc.*); et les commentateurs ont souvent remarqué que le nom même qu'elle porte est l'indice le plus certain de son antiquité¹. (*Ercum* et *ciscere* ou *ciere*, vieux mots tombés de bonne heure en désuétude.)

Provenant des Douze-Tables, il est clair que l'action *familiæ erciscundæ* est une action civile. Elle figure sur l'album du prêteur; mais toutes les actions civiles y figurent. Disons, en passant, qu'un grand nombre de

¹ Godefroy donne du texte des Douze-Tables une reproduction généralement acceptée : « *Nomina inter heredes proportionibus hereditariis ercta sita sunt; cæterarum rerum ercta non sito; si volent heredes, erctum citum faciento; prætor ad erctum ciendum arbitros tres dato.* »

textes, à notre titre, sont extraits de commentaires sur l'édit.

Il est vraisemblable qu'aux temps qui précèdent l'avènement définitif du système formulaire, c'est l'action de la loi dite *Judicis postulatio* qui sert aux parties à introduire leur demande de partage. Ce point n'est guère contestable dès qu'on veut examiner le rôle des trois actions de la loi introductives de procès. Il est certain qu'après les lois Silia et Calpurnia (510 et 520 de Rome), le *sacramentum* ne régit plus les actions personnelles ayant pour objet une chose ou une quantité déterminée. Celles-ci deviennent le domaine de la *condictio* (Gaius, IV, §§ 18, 20).

Il n'est pas moins vrai que les actions réelles restent le lot du *sacramentum* même après la loi *Æbutia*. Mais faut-il dire que le *sacramentum* conserve toutes autres actions personnelles ne rentrant pas dans la catégorie de celles qu'on attribue à la *condictio*? Plier aux exigences du *sacramentum* une action personnelle *certa* semble difficile, et c'est pourquoi l'on crée la *condictio*; n'est-il pas plus difficile encore d'adapter les formalités du *sacramentum* à la poursuite d'un droit dont on ne peut, d'ores et déjà, fixer ni la quotité ni l'objet?

Aussi faut-il admettre que, bien avant la création de la *condictio*, la *judicis postulatio*, avec sa formule rapportée par Valerius Probus, « *arbitrum judicemve postulo uti des*, » servait à introduire toutes ces actions personnelles indéterminées, où souvent des obligations réciproques lient les parties, qui demandent un arbitre et non un juge (si l'on veut entendre ces mots dans le sens vulgaire que nous leur prêtons aujourd'hui).

Parmi ces actions, il convient de faire entrer toutes celles que la procédure formulaire appellera plus tard de bonne foi, et en première ligne, l'action *familiæ erciscundæ*.

Après ces quelques mots sur les origines et sur le caractère civil de notre action, voyons à quelles conditions diverses la demande doit répondre pour que le juge accorde la formule. Ces conditions veulent être recherchées à deux points de vue : 1° quant aux personnes ; 2° quant aux biens.

I. *Conditions d'introduction de l'action familiæ erciscundæ quant aux personnes.*

- Pour intenter l'action *familiæ erciscundæ*, il faut être héritier.

Ce point absolument caractéristique distingue notre action de l'action *communi dividundo*. Celle-ci est ouverte à tous copropriétaires indivis, quelle que soit la cause de l'indivision, celle-là aux cohéritiers seulement. Nous verrons plus loin que, vu la généralité même de l'action *communi dividundo*, la qualité d'héritiers ne met point obstacle à ce que ceux-ci l'introduisent pour obtenir le partage de choses indivises individuellement déterminées (l. 44 *F. ercisc.*). Mais par l'action *familiæ erciscundæ*, c'est le partage de l'hérédité considérée comme universalité juridique que l'on poursuit. Notre principe doit donc s'entendre en ce sens que si des héritiers indivis, ont pour faire opérer le

partage, en dehors de l'action de droit commun, qui est l'action *communi dividundo*, une autre action spéciale dite *familiæ erciscundæ*, c'est leur qualité d'héritiers, qui leur vaut et leur réserve ce privilège.

Aussi bien, « héritier » doit s'entendre ici *latissimo sensu*; et le prêteur accordera la formule tantôt directe, tantôt utile à tous les héritiers, du droit civil, comme du droit prétorien.

Ainsi nous dit Ulpien : « *Per familiæ erciscundæ actionem dividitur hereditas sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex lege Duodecim-Tabularum, sive ex altera lege deferatur hereditas, sive ex senatus consulto, vel etiam constitutione.* »

Conformément au génie du droit romain, ceux qui puisent leur vocation à la source du *jus civile* auront l'action directe; notons : les héritiers institués; — les substitués vulgaires appelés par la défaillance des institués; — les différents substitués pupillaires; — tous héritiers testamentaires. Les différents héritiers *ab intestat* de la loi des Douze-Tables, et des lois, sénatus-consultes, constitutions qui suivirent : de ce nombre les héritiers des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.

Ceux qui doivent à la législation prétorienne leurs prétentions à l'hérédité ont une action utile. Ce sont tous les *bonorum possessores* (l. 24, § 1 *F. ercisc.*). Testamentaires ou *ab intestat*, les *bonorum possessiones* placent celui qui en profite *loco heredis*, et l'investissent, soit pour agir, soit pour défendre, aussi bien vis-à-vis d'héritiers légitimes, que vis-à-vis d'héritiers prétoriens comme lui, de l'action *familiæ erciscundæ*.

Par extension, la même action utile est ouverte en telles hypothèses ou la doctrine trouve des assimilations

à faire avec les *bonorum possessiones*. Ainsi l'esclave « *cui bona addicta sunt libertatum conservandarum causâ bonorum possessori assimilari debet* » (l. 4, § 21 *De fideic. libert.*). On en conclut fort justement qu'il aura l'action *familiæ erciscundæ*.

D'autres catégories de personnes ne peuvent être absolument rangées ni parmi les héritiers du droit civil, ni parmi les *bonorum possessores* du droit pré-torien ; cependant on leur donne aussi la formule.

Mettons au premier rang le fidéicommissaire qui réclame la restitution de l'hérédité en vertu du sénatus-consulte Trebellien. Il n'est pas héritier, puisque cette qualité demeure sur la tête de l'institué ; mais on lui donne tous les attributs utiles du titre. Il est *loco heredis*, et c'est comme tel qu'il exerce l'action *familiæ erciscundæ utile* (Gaius, II, § 253 ; l. 24, § 1 *Fam. ercisc.*).

Notons encore le cas où l'adrogé impubère, exhérodé ou émancipé sans juste cause, réclame la quarte Antonine. En accordant à celui-ci une action *familiæ erciscundæ utile* on s'écarte toujours davantage du principe. Loin d'être un héritier au sens propre du mot, l'adrogé agit plutôt comme créancier de la succession (l. 8, § 15 *in fine De inoff. test.*) : mais il est créancier d'une portion de l'hérédité ; c'est une dette qu'il faut payer en nature. Cette dernière considération n'est certes pas étrangère à l'extension à ce cas de notre action. Aussi bien quant à l'action elle-même, Ulpien nous la signale en ces termes : « *Si quarte ad aliquem ex constitutione D. Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit, utile erit familiæ erciscundæ iudicium necessarium.* »

Ce texte est bon à signaler ; car, on s'en est quel-

quefois servi pour édifier une théorie d'après laquelle les *bonorum possessores* auraient l'action directe comme les héritiers du droit civil. En effet, on y présente la condition de l'adrogé comme différente et de celle de l'héritier et de celle du *bonorum possessor*; ces deux derniers paraissent être mis sur la même ligne. Quelque apparence de vérité que paraisse donner à cette idée le texte d'Ulpien interprété *a contrario*, nous persistons à croire que les *bonorum possessores* n'ont qu'une action utile. Dès que le préteur crée à côté du droit civil des droits nouveaux extensifs de ceux d'autrefois, comme c'est le cas pour les *bonorum possessiones*, c'est une action utile qui sanctionne le nouveau droit et non une action directe. Nous trouvons, du reste, à notre titre deux lois qui semblent décisives. La loi 24, § 1 *in fine* met absolument sur le même pied les *bonorum possessores* et les fidéicommissaires universels. Or, la loi 40 donne à ces derniers l'action utile et non l'action directe. La controverse ne présente au surplus, aucun intérêt pratique sérieux.

D'une façon générale on a dit quelquefois : celui-là peut intenter l'action *familiæ erciscundæ* qui pourrait intenter la pétition d'hérédité (l. 2 pr. *in fin. Fam. ercisc.*). Les différentes hypothèses que nous avons examinées pourraient, en effet, étant données certaines circonstances propres à l'exercice de cette action, donner lieu tantôt à la pétition d'hérédité directe, tantôt à la pétition d'hérédité utile.

- Pour obtenir la formule, nos héritiers ne doivent pas justifier seulement de leur vocation héréditaire; il faut encore qu'ils aient acquis leur droit. De là une différence profonde entre l'héritier nécessaire et l'hé-

ritier volontaire. Le premier, qui n'a pas besoin de faire adition, peut agir aussitôt après l'ouverture de la succession. Au contraire, l'héritier volontaire doit préalablement faire adition, et si l'on suppose son droit suspendu par une cause quelconque, par exemple une condition, il ne peut agir tant que la condition n'est pas accomplie (l. 13 p. *De acq. vel omitt. heredit.*).

- Le partage que l'on poursuit est toujours un acte d'aliénation, tantôt vente, tantôt échange. Pour y être admis, il faut être capable d'aliéner. Les pupilles, les fous, les prodigues, les mineurs de 25 ans, les femmes, au moins à l'origine, manquent de la capacité nécessaire pour exercer l'action *familiæ eriscundæ*. On les habilite en faisant intervenir les différents protecteurs que la loi a placés auprès d'eux.

A partir de Septime-Sévère on exige un surcroît de précautions. Les biens immeubles des incapables (*prædia rustica vel suburbana*) ne peuvent être vendus sans intervention du prêteur. La même formalité est nécessaire pour en provoquer le partage (l. 1, § 2 *De reb. eor.*). Plus tard cette disposition s'appliquera même aux meubles (l. 22, C. *De adm. tutor.*).

Mais on remarquera que l'intervention du magistrat n'est plus nécessaire dès qu'il s'agit simplement de défendre à l'action en partage. C'est ce qui résulte de la même loi 2, § 2 *in fine De rebus eor.* ci-dessus citée, et de la loi 17 au Code *De prædiis et al. reb. m.* Les aliénations auxquelles devait conduire le partage prenaient en effet, dans ce dernier cas, le caractère d'aliénations forcées. Car l'indivision, nous le savons, produit l'obligation de partage à laquelle personne ne peut se soustraire.

Le partage des biens dotaux produit aussi quelques particularités. Il semble que le principe romain qui fait le mari propriétaire de la dot, doive permettre à celui-ci de traiter comme il l'entend toutes les questions nées à propos d'un partage. A l'origine il en fut probablement ainsi. Mais plus tard, dès qu'on veut atténuer l'ancien principe, en apportant des restrictions aux pouvoirs du mari, dès qu'on veut créer de sérieuses garanties de restitution pour la femme, une des mesures adoptées est précisément celle qui défend au mari d'aliéner seul les biens dotaux (Paul, *Sentence* II, 24 *b*, § 2). Nous savons que pareille défense comprend celle de provoquer un partage. Une constitution de Gordien au Code l. 2, V, XXII, nous dit aussi formellement que si une femme s'est constitué en dot un fonds *indivis* avec un tiers, le mari ne peut intenter l'action *communi dividundo*.

La même constitution ajoute qu'il peut y défendre. Pourquoi? parce qu'alors nous sommes en présence d'aliénations forcées, et que la loi Julia ne s'applique plus (l. 1 p. *in fine De fundo dot.*).

Ces décisions données à propos de l'action *communi dividundo*, doivent être sans difficulté appliquées à notre matière.

La distinction que fait ici le droit romain, entre le droit de provoquer au partage, et le droit d'y défendre, a quelquefois été proposée chez nous par les interprètes de notre article 1549. Cette théorie nous paraît se concilier bien difficilement avec le texte des articles 1549 et 818.

- Le procès que l'on engage, suppose essentiellement l'existence de plusieurs intéressés. Doivent-ils tous par-

ticiper à l'instance? Un conflit de textes a fait naître une difficulté sur ce point. Ulpien ne semble pas considérer l'accord de tous comme indispensable : « *Dubitandum non est, dit-il, quin familiæ erciscundæ Judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit* » (l. 2, § 4 *F. ercisc.*).

Le même Ulpien (loi 43 à notre titre), et Paul (loi 8 *C. divid.*) donnent deux décisions analogues. — Toutefois, ce dernier semble exprimer ailleurs (*Sent.*, I, 18, § 4) un avis absolument opposé : « *Judex familiæ erciscundæ nec inter paucos heredes sed inter omnes dandus est : alioquin inutiliter datur.* »

Bien que les deux textes précités semblent, au premier abord, absolument contraires, il nous semble assez facile de les concilier. Les jurisconsultes se placent à deux époques différentes du procès. Ulpien, dans la loi que nous avons citée la première, se place au moment où l'action s'engage *in jure*. À ce moment-là, il est bien certain que quelques héritiers seulement, fût-ce la minorité, peuvent introduire l'action. Leur droit imprescriptible, qui est de sortir d'indivision, ne peut être paralysé par la mauvaise volonté d'autres communistes. C'est cette idée qui nous semble très clairement ressortir de la loi 43 à notre titre. Nous sommes *in jure* et nous examinons l'introduction de l'affaire, et c'est à ce propos que Paul nous dit : qu'un héritier même seul peut « *provocare apud judicem,* » que le *judicium* peut être accepté, sur l'initiative de quelques-uns seulement des héritiers.

Mais ce point fixé, il n'est pas moins vrai, d'autre part, qu'une fois l'instance engagée, tous les héritiers doivent être appelés; « *præsentibus cæteris et invitis.* »

Et alors la phrase de Paul que nous avons citée plus haut trouve son application : « *Inter omnes judex dandus est.* »

Nous verrons, en effet plus loin, que le but auquel tend l'action *familiæ erciscundæ* est la cessation complète de l'indivision; et, pour y arriver, une des conditions essentielles n'est-elle pas de joindre à l'instance tous les intéressés? C'est précisément l'office du magistrat.

Dans l'action *communi dividundo* (loi 8, § 1 *C. divid.*), cette participation de tous les communistes au *judicium* ne paraît pas exigée. On n'a pas manqué d'en tirer argument pour soutenir qu'il doit en être de même dans l'action *familiæ erciscundæ*. Nous venons de donner plus haut les raisons qui nous font décider autrement. Aussi bien l'action *communi dividundo*, n'ayant pas la portée générale de l'action *familiæ erciscundæ*, on peut admettre pour l'une et pour l'autre une solution particulière de la question qui nous occupe.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'au début de l'instance, les cohéritiers ne sont pas obligés de se mettre d'accord. En un cas particulier, pourtant cet accord est nécessaire. Dès qu'un des héritiers meurt au cours de l'instance, ses successeurs doivent prendre le même parti (l. 48 *Fam. ercisc.*). Il leur faut ou bien tous accepter le *judicium*, ou tous se constituer un même *procurator* pour les représenter.

- L'action *familiæ erciscundæ*, comme la pétition d'hérédité met en jeu la qualité d'héritier. Mais dans la pétition d'hérédité, l'existence de la qualité d'héritier est contestée, c'est précisément pour la faire reconnaî-

tre qu'on introduit l'instance. Au contraire, l'action *familiæ erciscundæ* suppose, en principe, le titre d'héritier reconnu aux parties engagées. Ulpien parlant de deux personnes qui veulent liquider leurs droits héréditaires, déclare qu'elles peuvent procéder par l'action *familiæ erciscundæ* pourvu qu'elles soient d'accord sur leur qualité d'héritier : « *Si sibi controversiam non faciunt hereditatis, familiæ erciscundæ experiri eos oportebit.* »

Scævola, parlant du demandeur à l'action *familiæ erciscundæ*, donne un avis qui paraît au premier abord contradictoire : « *Qui familiæ erciscundæ judicio agit, « non » confitetur advertarium esse coheredens.* » Pris à la lettre, ce texte n'implique-t-il pas que l'introduction de notre action ne fait pas perdre au demandeur la faculté de contester au défendeur la qualité d'héritier? Cette interprétation contrarie directement la loi précédente d'Ulpien. De toutes les explications qu'on a proposées pour concilier ces deux textes, la plus probante est celle qui consiste à donner à la phrase de Scævola la forme interrogative. On lit *nonne* au lieu de *non*. Cette explication est d'autant plus admissible que le fragment de Scævola est tiré d'un livre de questions, où les difficultés du droit devaient se poser sous forme d'interrogations (l. 37 *Fam. ercisc.*).

Il est donc établi que si plusieurs personnes s'entendent entre elles pour provoquer un *judicium familiæ erciscundæ*, elles se reconnaissent réciproquement la qualité d'héritiers. Il n'est pas moins constant, que la personne qui en provoque une seconde en partage, reconnaît par là même au défendeur la qualité d'héritier.

Mais d'autre part, *à priori*, un héritier provoqué au partage peut toujours, semble-t-il, faire écarter la prétention de son adversaire par cette raison péremptoire, que celui-ci n'est pas héritier. Il serait, en effet, trop simple qu'il pût suffire à un tiers d'ouvrir une action en partage pour se faire considérer comme héritier.

Notons ici un effet important attaché à la possession de l'objet héréditaire. Elle fait naître pour le demandeur en partage, une présomption favorable. Si notre demandeur est en possession, il est clair que cette circonstance ne peut pas aller jusqu'à le faire déclarer héritier, mais elle produit les résultats suivants : la demande en partage est considérée comme régulièrement formée, le magistrat doit délivrer la formule, et l'action suit son cours. Que si l'adversaire dénie au demandeur en possession la qualité d'héritier, cette prétention sera examinée par le juge de l'action *familiæ erciscundæ*, comme le serait une question accessoire.... « *Quod si possideat eam partem, licet negatur esse heres, non nocet talis exceptio : quo fit ut eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit.....* » (l. 1, § 1 *F. ercisc.*).

La répartition des droits héréditaires ne sera faite par le juge qu'après avoir décidé sur la prétention du défendeur.

Mais l'action peut être introduite par une personne qui n'est pas en possession ; rien ne s'oppose à semblable demande (l. 1, § 1 *princip. F. ercisc.*). Le défendeur poursuivi peut contester encore la qualité d'héritier chez le demandeur. Ici la position de ce dernier est moins favorisée. Si le défendeur est lui-même en possession, il peut tenir en échec jusqu'à nouvel ordre la demande

de son adversaire, par la « *præscriptio quod præjudicium hereditati non fiat*. » Grâce à ce procédé, le partage de l'hérédité est reculé jusqu'au moment où le demandeur aura prouvé sa qualité d'héritier par la procédure spéciale de la *petitio hereditatis*. « *Si is qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem : Si in ea re qua de agitur præjudicium hereditati non fiat*. »

On voit d'après ce qui vient d'être dit, que la possession de l'objet héréditaire peut avoir un très grand intérêt, tant pour le défendeur que pour le demandeur à l'action *familiæ erciscundæ*.

II. Conditions d'introduction de l'action *familiæ erciscundæ* quant aux biens.

Nous ne recherchons pas ici quels sont tous les biens qui entrent dans l'action *familiæ erciscundæ*. Faire une liste des éléments qui peuvent constituer un patrimoine, c'est proprement déterminer la masse partageable, et nous retrouverons cela dès que nous étudierons l'office du juge.

Un grand nombre de textes, au titre *familiæ erciscundæ*, visent précisément une foule d'hypothèses et de cas particuliers, se rapportant soit à de certaines catégories de biens, soit à de certaines combinaisons d'intérêts et de situations qu'il est dans l'office du juge de résoudre et de trancher.

Mais jusqu'à nouvel ordre, l'office du magistrat seu-

lement nous intéresse. Or, il ne suffit pas à celui-ci de s'assurer que les personnes auxquelles on lui demande de délivrer la formule ont les qualités et remplissent les conditions voulues ; il faut encore qu'il vérifie l'objet de la demande. Il est de principe que l'action *familiæ erciscundæ* peut être intentée tant qu'il subsiste un patrimoine indivis, tant que les biens examinés en bloc conservent ce caractère d'universalité juridique que leur a imprimé la mort du défunt. Dès que cette notion fait défaut, le magistrat ne doit pas accorder la formule.

Il peut arriver que, au sens où nous l'entendons, l'indivision n'existe jamais. C'est un principe que les dettes et les créances se divisent de plein droit. Si nous supposons une hérédité exclusivement composée de biens de cette nature, il ne pourra jamais être question d'action *familiæ erciscundæ* ; il n'y aura jamais eu d'indivision ; le partage se sera opéré par la seule vertu de la loi, indépendamment et comme à l'insu des héritiers.

Ce résultat sera très rare, car le plus souvent les successions sont mixtes, et dans ce cas, l'action *familiæ erciscundæ* retrouve son utilité. Nous verrons plus loin, en étudiant l'office du juge, comment se règle la situation. Le principe de la division des dettes et créances conserve au regard des tiers son efficacité, et cependant, entre les parties, le juge est admis à attribuer le bénéfice, ou à répartir la charge inégalement entre les cohéritiers (l. 2, § 5 *Fam. ercisc.*).

Tandis que la divisibilité naturelle des dettes ou créances met obstacle à l'action *familiæ erciscundæ*, il est d'autres droits, indivisibles ceux-là, ou des biens

hors du commerce qui ne peuvent faire non plus l'objet d'un *judicium familiæ erciscundæ*. Mais en principe il est très rare, et même à peu près inadmissible qu'une succession se compose exclusivement de pareils éléments. Leur présence au patrimoine n'est qu'un accident, qui n'entrave point la marche de notre action. Nous retrouverons à propos de la formation de la masse héréditaire, et à propos du règlement de tous les intérêts par le juge, les différentes particularités que font naître l'existence de ces droits impartageables.

La loi 25 à notre titre, cite un cas où l'action *familiæ erciscundæ* doit être écartée. Paul suppose un soldat décédé, laissant sa fortune à deux héritiers. A l'un il a laissé son pécule *castrense*, à l'autre ses autres biens. En ce cas, l'action *familiæ erciscundæ* n'a rien à faire. Pourquoi? C'est qu'il n'y a pas d'indivision possible, la loi ayant pourvu à la détermination de tous les éléments du pécule *castrense*.

Il est plus intéressant d'examiner les cas où la non-recevabilité de l'action *familiæ erciscundæ* provient du fait des intéressés. A ce point de vue une distinction s'impose selon que l'on examine les dispositions que le *de cujus* a pu lui-même établir, ou selon que l'on vise le fait des héritiers.

A. *Fait du DE CUJUS*. — On peut supposer qu'un testateur, après avoir institué deux ou plusieurs héritiers, leur a distribué son patrimoine au moyen de legs *per præceptionem*. Il s'agit de savoir si, en présence de semblables dispositions, l'action *familiæ erciscundæ* présente encore quelque utilité qui la rende recevable. Ces legs *per præceptionem*, au moins dans l'opinion des juris-

consultes de l'école Proculienne font absolument cesser l'indivision. Bien loin qu'il ait besoin de l'intervention du juge pour le rendre propriétaire, le prælégataire acquiert sur sa part un droit de propriété exclusif et sans conteste, qu'il fait valoir au moyen d'une *vindicatio*.

Ce système, il faut le reconnaître, n'a pas été universellement admis, Gaïus nous avertit que ses maîtres en préféreraient un autre. Ceux-ci partaient de ce point de vue, que *præcipere* indique un prélèvement à faire sur une chose commune; ils en tiraient, entre autres conséquences, celle-ci, à savoir, que pour obtenir la délivrance de son legs, le légataire devait recourir au *judicium 'familiæ erciscundæ* : car le droit du légataire dérive pour eux d'un état d'indivision, et cet état d'indivision doit être liquidé par le juge de l'action *familiæ erciscundæ* (Gaïus, II, §§ 217, 218, 219, 220).

Au contraire, les Proculiens traduisent *præcipere* par *præcapere* et assimilent ce legs au legs *per vindicationem*. Ils en tirent à leur tour toutes les conséquences logiques, et celle-ci, qui est la seule à nous intéresser, que chaque héritier réclame directement comme sa chose l'objet de son legs. Que si le testateur a pris soin de distribuer par legs *per præceptionem* toute son hérédité, il est clair qu'il n'aura jamais existé d'indivision; d'où pas d'action *familiæ erciscundæ*. Cette doctrine triomphe un moment sous Hadrien (Gaïus, II, § 221).

Ajoutons, sur ce point, que les deux opinions Proculienne et Sabinienne s'accordent à admettre l'action *familiæ erciscundæ* dès que le patrimoine légué *per præceptionem* se compose de biens que le testateur avait seulement *in bonis*, et non *jure quiritium*.

- On peut se demander si le fait par un père de famille d'assigner, de son vivant, les parts qu'il désire voir attribuer, après sa mort, à chacun de ses enfants, produit quelque effet au point de vue de la recevabilité de l'action. Le partage fait par le père *inter liberos* ne fait point cesser l'indivision et laisse le champ libre au *judicium familiæ eriscundæ*.

- Le testateur peut-il joindre aux institutions qu'il fait cette condition que les héritiers resteront dans l'indivision? Semblable clause, si elle était licite, mettrait obstacle à la recevabilité de l'action *familiæ eriscundæ*.

Il est certain que le testateur ne peut valablement prescrire une indivision perpétuelle. S'il le fait, c'est une clause nulle dont il ne faut tenir aucun compte, une de ces conditions que le droit romain, comme le nôtre, répute non écrites, et qui ne vicient point du reste l'institution principale (l. 14, *De cond. inst.*). S'interdire de sortir d'indivision est, en effet, absolument contraire aux principes les plus élémentaires. Imposer à des tiers, quand ces tiers seraient nos héritiers, une indivision forcée, est plus dangereux et plus défendu, si c'est possible.

Toutefois, il faut faire exception pour la clause d'indivision temporaire. La loi romaine la regarde comme licite entre héritiers. Elle n'a pas, du reste, pris soin, comme l'a fait notre Code, d'en fixer le délai maximum. Il est probable qu'on faisait des appréciations d'espèces; toujours est-il qu'un testateur est souvent mieux en situation que personne d'apprécier l'utilité d'une indivision temporaire entre ses héritiers. Il peut quelquefois juger avec beaucoup de raison qu'un partage im-

médiate leur serait funeste. Au cas de minorité, par exemple, préserver les mineurs de ce partage souvent paraîtra fort sage.

On conçoit donc que le testateur ait pu formuler une clause d'indivision temporaire. C'est en effet ce que lui permet la loi 4 *De condict. inst.* On avait voulu contester cette décision : Marcellus annulait la condition de *rester indivis* pendant un certain temps. La condition suspendant le droit, on était, semblait-il, en présence d'un problème insoluble. — Pour être héritiers, avait dit le testateur, je veux que vous restiez indivis pendant quinze ans. — Mais, répondait-on, pour être dans l'indivision, ne faut-il pas d'abord être héritier. — La condition doit donc tomber. — Ulpien admet pourtant la validité de la clause. Aussi bien fait-il remarquer qu'on peut comprendre une indivision exister entre appelés qui n'ont pas encore fait adition. L'institution de choses futures n'est-elle pas valable ?

B. *Fait de l'héritier.* — L'action *familiæ erciscundæ* ne peut être intentée qu'une fois. Nous dirons donc que si les héritiers l'ont une première fois provoquée, le magistrat, s'ils y reviennent, doit repousser leur prétention. « *Familiæ erciscundæ judicium, amplius, quam semel agi non poterit, nisi causâ cognitâ* » (l. 20, § 4, *Fam. ercisc.*). — Ce *causâ cognitâ* vise sans doute l'hypothèse d'une *restitutio in integrum*. — La même loi ajoute : Si quelques biens héréditaires sont restés indivis, il faudra recourir à l'action *communi dividendo*.

Pourquoi cette décision ? Une action ne peut-elle pas être intentée toutes les fois qu'elle présente de l'intérêt ?

Et puisqu'il reste un bien héréditaire indivis, pourquoi ne pas intenter à nouveau l'action *familiæ erciscundæ*? La loi est formelle, et elle s'explique. C'est que, suivant l'idée bien romaine que nous avons déjà cherché à dégager au début de cette section, l'action *familiæ erciscundæ* a pour rôle précis et unique de liquider les droits des cohéritiers en tant que cohéritiers. Son exercice désagrège absolument l'universalité juridique laissée par le défunt ; il peut encore rester des biens communs, il ne reste plus d'hérédité. Il s'est opéré comme une novation dans la personne des intéressés, au lieu de cohéritiers copropriétaires, nous n'avons plus que de simples communistes, et, à ce titre, il leur reste l'action *communi dividundo*.

Ce caractère très original nous semble avoir été très bien mis en relief par Voët : « *In hoc judicio non factum, sed jus quod quisque habet spectatur...* » (§ 12, § 30, *Familiæ ercisc.* Voët. *ad Pandectas*). L'auteur tire du reste profit de cette remarque à propos de la question que nous avons examinée plus haut, de savoir s'il faut posséder ou non pour agir ou défendre *familiæ erciscundæ*. Naturellement, elle lui sert à justifier ce point, qu'il n'est pas utile de posséder.

Cujas, de son côté, dit en propres termes : « *Actio familiæ erciscundæ est de universo jure, de universitate, ideo nec potest iterari.* »

La décision du Digeste se justifie donc. Cependant il existe au Code une loi 1, *Fam. ercisc.*, bien faite pour embarrasser les commentateurs. Il en est qui ont voulu lui faire dire absolument le contraire de la solution donnée par la loi 20, § 4, ci-dessus. Elle est ainsi conçue : « *Si non omnem hereditatem ex consensu*

divisisti, nec super ea re, sententia dicta, vel transactio subsecuta est, iudicio familiæ erciscundæ potes expirari. » Traduisez librement, vous aurez : « Dès que le partage a été incomplet, on peut recourir à l'action *familiæ erciscundæ*. » C'est justement le contraire de ce que nous avons admis.

On a cherché à lever l'antinomie au moins apparente de nos deux lois. Les uns ont dit : la loi 20, § 4 au Digeste, et la loi 1 au Code visent l'une et l'autre la même hypothèse, elles supposent l'une et l'autre que le partage est resté imparfait ; « on n'y a pas compris tels ou tels biens, on n'a pas liquidé les dettes, ou enfin d'une manière quelconque on a laissé subsister une universalité entre les cohéritiers » (Merlin, *Licitation*, II, § 2). Tout en accordant que dans la loi 20, § 4, il s'agit du partage judiciaire, et dans la loi 1, au Code, du partage amiable, on dit : le « *causa cognita* » de la première équivaut au « *si non omnem hereditatem ex consensu divisisti* » de la seconde. On remarque que le partage judiciaire et le partage extrajudiciaire ont, en principe, les mêmes effets ; n'est-il pas logique, ayant pour l'un une disposition absolument formelle, d'étendre cette disposition à l'autre, surtout en présence d'un texte qui se peut interpréter avec le même esprit ?

Cette théorie, due à Merlin, est reproduite par les auteurs les plus récents (Demolombe, XV, 633 ; Aubry et Rau, § 590, n. 4). Elle sert à justifier une décision d'après laquelle on accorde dans notre droit l'action *familiæ erciscundæ* aux héritiers, même après un premier partage, aussi longtemps que ceux-ci laissent subsister entre eux une universalité indivise. Dans

notre droit, accorder l'action *familiæ erciscundæ*, c'est dire que la demande de partage doit être portée au tribunal du domicile de l'hérédité.

En fait, il sera très difficile de savoir si un premier partage a laissé subsister une universalité. Une portion du patrimoine reste indivise, il faut rechercher si l'indivision procède toujours de la même cause, de la vocation héréditaire. Les héritiers ont pu nover en quelque sorte leur titre de propriété. Le maintien, dans l'indivision de telle portion héréditaire, peut être le résultat de leur volonté formelle ou tacite¹. Aussi, le critérium auquel on doit se rapporter n'est-il point le même chez tous les auteurs.

Il ne nous importe pas d'étudier ici la question du droit français, mais seulement de savoir si la distinction qu'on y admet généralement est bien comme on l'a dit, en germe dans les deux lois romaines que nous interprétons. Il nous paraît que ces deux lois n'ont pas le sens qu'on a voulu leur donner. De la loi 20, § 4, il faut dire : le partage judiciaire ne laisse jamais subsister d'universalité entre les cohéritiers, d'où ceux-ci ne peuvent plus intenter l'action *familiæ erciscundæ*. La loi 1 au contraire signifie : le partage, dès qu'il est fait à l'amiable, n'a jamais pour effet de rompre directement l'universalité ; si quelque objet héréditaire demeure impartagé, l'action *familiæ erciscundæ* reste possible. — Cette idée peut encore se formuler de la manière suivante : après le partage judiciaire, l'action *familiæ erciscundæ* est éteinte, à moins que

¹ En ce cas, il faudrait avoir recours à l'action *comm. divid.*, c'est-à-dire intenter l'action devant le tribunal de la situation des immeubles.

ce partage ne soit rescindé, *nisi causâ cognita*. Après le partage amiable, l'action *familiæ erciscundæ* subsiste de droit. Il est, après tout, très conforme aux idées formalistes du droit romain d'admettre que l'action *familiæ erciscundæ* est l'instrument unique et ordinaire qui sert à liquider l'*universum jus defuncti*. Tout autre procédé ne vaut que *quantum ad res singulares*. — Cela revient à dire qu'en droit romain les deux partages judiciaires et amiables n'ont pas les mêmes effets; et nos deux lois ne signifient pas autre chose. Elles donnent deux solutions différentes parce qu'elles visent deux actes qui n'ont pas la même portée. C'est bien ainsi que le comprenait Voët. Et maintenant, que dans notre droit, on recherche si dans le partage du surplus, les héritiers ont ou non laissé subsister entre eux une universalité indivise, et qu'on leur accorde selon la réponse affirmative ou négative, le droit d'agir devant le tribunal de l'ouverture de la succession, ou devant le tribunal de la situation des immeubles, c'est là une idée qui peut être assurément fort raisonnable; mais elle n'a aucun appui dans la législation romaine.

- Nous avons ajouté que si après l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*, certains objets héréditaires sont restés impartagés, pour quelque cause, du reste, que ce soit, il restait aux cohéritiers l'action *communi dividundo* pour sortir d'indivision (l. 20, § 4 *in fine*). Ce résultat ne contrarie point le principe en vertu duquel on ne peut exercer deux fois un même droit, même par deux actions différentes. Dans l'espèce, l'action *familiæ erciscundæ* qu'on a exercée d'abord avait pour objet l'hérédité considérée comme universalité juri-

dique ; l'action *communi dividundo* qu'on introduit plus tard s'applique à des objets héréditaires, il est vrai, mais considérés ici comme des *res singulares*.

- Il reste à montrer que des cohéritiers peuvent, d'abord agir *communi dividundo*, et qu'après cette action, ils peuvent encore demander au magistrat la formule de l'action *familiæ erciscundæ*. Ce sont toujours les conséquences du même principe. Elles permettent, du reste, de préciser définitivement les différences qui séparent l'action *familiæ erciscundæ* de l'action *communi dividundo*, et peuvent servir à déterminer sûrement l'utilité incontestable de chacune d'elles.

Si l'on se rappelle qu'en général, tous communistes, ont l'action *communi dividundo*, on dira *à priori* : Les cohéritiers comme tous autres copropriétaires indivis doivent l'avoir. C'est, en effet, ce qu'il faut admettre. On l'a contesté en s'appuyant sur le texte suivant : « *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non autem hereditatis* » (l. 4 p., *Comm. dividundo*).

Prise à la lettre, cette loi d'Ulpien semble bien en effet défendre aux cohéritiers l'action *communi dividundo*. Mais il faut remarquer tout de suite que si cette même loi avait le sens absolu qu'on a voulu lui prêter, elle se trouverait elle-même en contradiction flagrante avec deux autres lois, l'une de Gaius et l'autre de Paul qu'il n'est pas inutile de citer : *Inter coheredes*, dit Paul, *etiam communi dividundo agi potest, ut res duntaxat quæ eorum communes sint, et causæ ex his rebus pendentes in iudicium veniant : de cæteris vero in integrum sit familiæ erciscundæ iudicium* (l. 44 p., *F. ercisc.*). Gaius dit de son côté : « *Inter coheredes*

quidem familiæ erciscundæ judicio agitur : inter cæteros, communi dividundo. Inter eos quoque, quibus hereditario jure communis res est, posse et communi dividundo agi. »

Il ne suffit pas de montrer que l'opinion d'après laquelle l'action *communi dividundo* ne serait pas permise à des cohéritiers, trouve une contradiction flagrante dans les deux lois qui viennent d'être citées. Il faut remarquer que la loi d'Ulpien elle-même se concilie fort bien avec celle de Gaius et de Paul. Ceux-ci affirment que les cohéritiers peuvent agir *communi dividundo*. Ulpien de son côté maintient que l'hérédité de l'universalité juridique ne saurait être rompue que par l'action *familiæ erciscundæ*. Mais pourquoi les cohéritiers comme tous autres, ne seraient-ils pas admis à provoquer le partage des biens indivis par la première de ces actions? c'est le droit commun. Cependant on comprend très bien, d'autre part, qu'un tel partage ne vaut que *quantum ad res singulares*, et non *quantum ad hereditatem*. Ce sont à peu près les termes mêmes de la loi d'Ulpien.

Mais si les cohéritiers, a-t-on dit, ont l'action *communi dividundo*, que vient faire l'action *familiæ erciscundæ*? N'est-elle pas au moins inutile? Et d'abord, il paraît certain que l'action *familiæ erciscundæ* parût avant l'action *communi dividundo*. Le droit romain ne supprimait guère les vieux usages. L'introduction de l'action *communi dividundo* ne devait donc pas avoir pour effet la suppression de l'ancienne action.

Il est facile aussi de concevoir, d'après ce que nous avons dit déjà, combien d'avantages et quel intérêt réel avait pour les cohéritiers, l'existence de ce double

moyen. L'un aboutit au partage de l'hérédité considéré comme universalité juridique, l'autre au partage de biens héréditaires individuellement déterminés. Agissez-vous *communi dividundo*, la formule doit indiquer chacun des biens à partager; *familiæ erciscundæ*, cette indication n'est pas à faire, le but de l'action étant le partage complet de toute l'indivision quelle qu'elle soit (l. 25, § 20, *F. ercisc.*). C'est en ce sens qu'il est vrai de dire que le *judicium familiæ erciscundæ* a une portée générale et le *judicium communi dividundo* une portée restreinte. Au point de vue des cas auxquels l'un et l'autre s'appliquent, c'est le contraire qui est vrai (V. *suprà*, p. 2).

Les héritiers qui voudront faire un partage complet et sans restrictions agiront *familiæ erciscundæ*. Le procédé est particulièrement opportun dès que ceux-ci connaissent mal tous les éléments du patrimoine, il pourrait leur être fort difficile de les indiquer individuellement. A supposer que tous les objets héréditaires leur fussent familiers, il est incommode de provoquer autant d'actions *communi dividundo* qu'il y a d'objets particuliers ou même d'insérer dans la formule la liste complète de tous les biens. Si, contre toute attente, par suite d'omission ou pour toute autre cause, il reste quelque objet impartagé, nous savons qu'il reste la ressource de l'action *communi dividundo*.

Il peut arriver, au contraire, que des cohéritiers peu pressés de partager l'hérédité, désirent cependant sortir d'indivision quant à quelque bien individuellement désigné. En ce cas, ils emploieront l'action *communi dividundo*, et l'action *familiæ erciscundæ* leur restera. C'est peut-être à cette hypothèse que songe Gaius dans

la loi citée plus haut. En supposant l'exercice successif de plusieurs actions *communi dividundo* sur tous les objets particuliers de la succession, l'universalité juridique se trouverait éteinte par voie de conséquence, et l'action *familiæ erciscundæ* ne serait plus recevable.

Il a été parlé déjà, de l'intérêt que pouvait avoir un partage amiable au point de vue de la recevabilité de l'action. Le pacte de partage ne désagrège point l'universalité juridique; l'action *familiæ erciscundæ* reste possible. Si cependant les héritiers ont eu le soin de comprendre en leur convention tous les biens héréditaires, notre action peut se trouver éteinte faute d'objet. Cette observation n'a toute sa valeur, qu'autant qu'on suppose un pacte de partage suivi de l'exécution complète et réciproque de toutes les parties engagées (l. 43, *De pactis*). Les copartageants ont un moyen sûr d'arriver à leur but. Ils n'ont qu'à faire des stipulations mutuelles.

- Tout ce qui a été dit de la faculté pour le père de famille d'imposer à ses cohéritiers l'obligation de rester indivis pendant un certain temps s'applique, à plus forte raison, aux cohéritiers eux-mêmes. Ainsi ils ne peuvent s'interdire absolument de sortir d'indivision (l. 14, § 2 pr., *Comm. divid.*). Ils peuvent, au contraire, convenir de rester indivis pendant un délai déterminé (l. 14, § 2 *in fine*). Cette convention rend l'action *familiæ erciscundæ* momentanément non recevable.

- La prescription, telle que nous l'entendons aujourd'hui, produit-elle le même effet? — Dans notre loi, l'action en partage est en principe imprescriptible. Ce-

pendant, aux termes de l'article 816, dès qu'un des cohéritiers justifie sur un objet héréditaire d'une « possession suffisante pour acquérir la prescription, » il est, quant à cet objet, libéré de l'obligation de partage (Aubry et Rau, § 622, texte et note 8).

A Rome, pendant longtemps au moins, l'action *familiæ erciscundæ* est de celles qu'on appelle perpétuelles. C'est dire qu'elle peut toujours être exercée. Il en est ainsi en droit romain classique.

Théodose le Jeune (an 424) prescrit l'extinction de toutes les actions après trente ans. On discute alors pour savoir si l'action *familiæ erciscundæ* tombe sous le coup de la constitution de Théodose.

Plus tard, Justinien revenant à la charge renouvelle en termes précis la décision de Théodose, et cette fois la Constitution vise formellement l'action *familiæ erciscundæ* (l. 1, § 1, C *De ann. except.*) : « *Nemo itaque audeat neque actionis familiæ erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, etc.... — Neque alterius cujuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari.* »

Interprétée à la lettre, la constitution de Justinien, décide évidemment qu'après trente ans d'indivision l'action *familiæ erciscundæ* n'est plus recevable.

Ce résultat est singulier, et beaucoup d'interprètes ont refusé de l'admettre. Il conduit, dit-on, à supprimer indirectement cette règle d'ordre public qui veut que l'on ne puisse convenir de rester indéfiniment dans l'indivision. — Il est contraire au but que le législateur poursuit par la prescription elle-même. Car elle est un moyen de tarir les procès et l'indivision que vous lui faites consolider ici, est précisément une source intaris-

sable de procès et de difficultés, comme l'affirme Papien (l. 77, § 20 *in fine*, *De legat.* 2°).

Au contraire, la prescription sera bien dans son rôle, et tous les vrais principes seront satisfaits, si l'on fait dire à Justinien : « Après 30 ans de possession, les héritiers détenteurs des choses héréditaires en sont définitivement propriétaires et l'action *familiæ erciscundæ* n'est plus recevable. » C'est la solution de notre article 816, celle que proposait Voët et que beaucoup d'autres ont suivie après lui. Quelque raisonnable qu'elle puisse paraître, ce n'est probablement pas là l'idée que Justinien a voulu consacrer. Les termes de sa Constitution y répugnent absolument. Il est trop clair qu'il y est question d'une prescription extinctive, tandis que l'interprétation de Voët conduit à une prescription acquiescive de tout ou portion de l'hérédité.

De Savigny a proposé un autre système : il part du même point de vue ; la prescription ne peut consacrer la perpétuité de l'indivision. Mais, dit-il, l'action *familiæ erciscundæ* a un double but : nous verrons en effet, qu'elle conduit et au partage des biens et à l'exécution par les communistes des obligations qu'a fait naître l'état d'indivision. Eh bien ! dit Savigny, c'est à l'exécution de ces obligations que s'applique la prescription, non au partage des biens (252, V). Ce dédoublement de l'action *familiæ erciscundæ* serait assez singulier par lui-même. Il n'y a rien dans la constitution de Justinien qui autorise à le faire.

Quelque étonnant que paraisse le résultat auquel conduit la stricte interprétation de la constitution de Justinien, il ne paraît guère possible de justifier un autre système que celui-là ; c'est l'action qui est pres-

erite. — Les trente ans courent « *ex quo ab initio competit*, » c'est-à-dire du jour où l'indivision a commencé d'exister entre les cohéritiers.

Signalons au sujet de la recevabilité de l'action *familiæ erciscundæ* une dernière particularité. Il peut arriver qu'elle soit intentée, et le magistrat doit l'accorder, pour faire opérer le partage de deux successions à la fois. Plusieurs personnes en vertu de titres divers sont appelées à plusieurs hérités. Ils peuvent demander le partage du tout et l'obtenir par le même *judicium familiæ erciscundæ* (l. 25, § 3, *Fam. ercisc.*).

Le § 4 de la même loi suppose même une hypothèse plus compliquée : Deux hérités se rencontrent, la première commune à deux héritiers, la seconde commune aux deux premiers héritiers et à un troisième; les deux hérités peuvent être partagées entre les trois intéressés par la même action. Une décision analogue en matière de société (l. 52, § 14, *Pro socio*) prouve qu'il y a là une mesure d'ordre très générale.

En supposant deux héritiers, si l'un d'eux aliène sa part, l'action *familiæ erciscundæ* n'est plus recevable. Car l'acquéreur qui désormais a seul qualité pour figurer au partage, n'est pas un cohéritier; il n'est pas propriétaire à titre universel. C'est donc l'action *communi dividundo* qui devra être exercée. Ce résultat dérive directement de la loi 54, *Familiæ erciscundæ*, qui donne une solution absolument conforme pour le cas d'aliénation d'un objet particulier.

De la formule.

La légitimité de l'action reconnue, le magistrat délivre la formule.

Bien que cette formule ne nous soit pas parvenue, au moins dans son intégrité, on peut cependant lui restituer ses caractères principaux.

Nous insisterons peu sur ce sujet, assez toutefois pour rappeler que l'action *familiæ erciscundæ* est personnelle, double et de bonne foi.

1° Elle est personnelle; les droits qu'elle sert à déduire dérivent en effet du quasi-contrat d'indivision existant entre les cohéritiers. C'est en vertu de ce quasi-contrat que ceux-ci poursuivent l'attribution de leurs parts, et le règlement de tous leurs intérêts dans l'indivision.

Ce caractère personnel de l'action n'a jamais été contesté, il est commun aux trois actions divisaires (l. 1, § 1, C. *De ann. except.*; l. 1, *fin. regund.*). Au point de vue de la formule, il se révèle dans la *demonstratio* et dans l'*intentio*.

Il n'y a point de *demonstratio* dans les actions réelles; elle existe au contraire, dans l'action *familiæ erciscundæ*. Elle est très générale et comprend d'un mot toute l'hérédité. Nous avons déjà remarqué que dans l'action *communi dividundo*, la *demonstratio* n'a pas ce caractère de généralité. Quant à l'*intentio*, elle est conçue *in personam*, et de plus *incerta* : « *Quidquid paret,.... dare, facere, aportere.* »

Mais il est une partie de la formule absolument spéciale à l'action *familiæ erciscundæ*, comme aux trois

autres actions divisoires, l'*adjudicatio*. C'est le pouvoir donné au juge d'attribuer à chaque copartageant la propriété exclusive de sa part d'hérédité. « *Quantum adjudicari oportet, titio adjudicato.* » Cette attribution faite par le juge s'analyse le plus souvent en une vente imposée aux parties. Toujours est-il que si le cohéritier est devenu propriétaire exclusif, c'est au juge qu'il le doit, non à sa vocation héréditaire.

Dans la *condemnatio* enfin, le magistrat donne au juge le pouvoir de condamner ¹.

2° Le *judicium familiæ erciscundæ* est double : C'est encore un caractère commun aux trois actions divisoires; il s'étend même aux interdits *uti possidetis et utrobi* (l. 37, § 1, *De obl. et act.*).

Nous entendons par là que chaque partie est en même temps demanderesse et défenderesse. Cette observation s'impose. En effet, l'obligation d'indivisions incombe aussi bien à celui qui poursuit qu'à celui qui est attaqué. Les droits étant réciproques, il suit que le préteur, ainsi que le magistrat doit égale protection à

¹ Ici, la *condemnatio* a une double face :

1° Théoriquement, le juge impose à chaque cohéritier la vente de sa part divise sur les objets non mis en son lot. L'adjudicataire acheteur doit donc un prix de vente. N'est-ce pas pour fixer ce prix que le juge doit estimer toute l'hérédité et chaque objet en particulier. Il suit que chaque adjudicataire doit être condamné à payer le prix de la part cédée. Voilà une *condemnatio*.

Mais l'adjudicataire a lui-même droit au prix des parts qu'il cède. Il est admis qu'au lieu de prononcer de ce chef, une série de condamnations, le juge compense.

2° En cas d'attributions inégales, en cas d'obligations nées de l'indivision, le juge prononce de vraies condamnations unilatérales. Dès que nous parlerons de condamnations, c'est toujours ce cas, et non le précédent que nous aurons en vue.

l'une et à l'autre. Les deux parties doivent donc être placées dans la même situation : « *actores sunt et rei* (l. 44, § 4, *Fam. ercisc.*). »

C'est grâce à cette idée qu'on exige de chaque partie un double serment *de calumnia* : « *Ideo jurare debent non calumnia causa litem intendere, et non calumniæ causa ad infitias ire.* »

De même, dès qu'une partie se fait représenter par un *procurator*, ce *procurator* doit fournir la double *cautio de rato*, et *judicatum solvi* (l. 15, *De proc.*).

Ces mesures sont en quelque sorte des mesures préventives, antérieures à la délivrance de la formule.

Mais celle-ci doit exprimer elle-même ce caractère de réciprocité. Or, on éprouve quelque embarras à concilier cette nécessité avec les règles de la procédure romaine. On sait que l'*intentio* d'une action personnelle ne mentionne jamais que les obligations du défendeur, et que ces obligations seules sont déduites dans la *condemnatio*. Les termes de l'*adjudicatio* rapportés par Gaius ne visent eux-mêmes qu'une seule personne : « *titio adjudicato.* »

On se demande comment le juge pourra faire des adjudications à toutes les parties. La plupart résolvent la difficulté en disant que le préteur délivre autant de formules qu'il y a de communis en cause. Toutes ces formules désignent le même juge, et chaque partie joue tour à tour le rôle de demandeur dans l'une d'elles. Ce système de la pluralité des formules est très ingénieux et permet en effet de déduire autant de condamnations et d'adjudications qu'il y a de personnes en jeu.

On a quelquefois aussi proposé d'admettre un système

d'après lequel le magistrat ne délivre bien qu'une formule, mais une formule d'un type extraordinaire dans laquelle l'*intentio* aurait mentionné les obligations respectives des parties, la *condemnatio* et l'*adjudicatio* donnent au juge le pouvoir de les absoudre ou condamner toutes, et d'attribuer à chacune sa part de propriété : « *Quidquid paret alterum alteri dare facere oportere ex fide bona, quodque alteri ab altero adjudicari oportet Judex condemnato aut adjudicato.* »

De ces deux systèmes le premier nous semble préférable. Quoi qu'il en soit, le caractère double de notre action devait s'affirmer d'une façon ou d'une autre dans la forme comme dans le fond (l. 2, § 1, C. *Divid.*).

Nous devons aussi mentionner le caractère prétendu mixte de l'action *familiæ erciscundæ*. Sur cette expression, « action mixte, » que l'on applique aux trois actions divisaires, il s'est élevé une controverse sans fin. Nous ne croyons pas qu'elle ait ni intérêt sérieux, ni importance pratique. Il faut cependant rappeler très brièvement divers systèmes établis sur ce sujet.

Les Romains ont connu l'expression « action mixte : » « *Mixtæ sunt actiones*, » dit Ulpien (l. 34, § 1, *De obl. et act.*). Justinien, renchérissant, ajoute que nos actions dites mixtes sont *tam in rem quam in personam*. Actions mixtes, actions personnelles et réelles, ce sont bien là des expressions que nous trouvons dans les textes. Mais, pour ce qui est de savoir si ces expressions cachent un sens particulier, utile à connaître, c'est sur quoi il est très difficile de se décider. Il est probable que les jurisconsultes romains n'attachaient aucune importance essentielle aux expressions ci-dessus. Quoi qu'il en soit, on a proposé toutes sortes d'interprétations :

1° « Action mixte » doit s'entendre, comme le fait Ulpien, action double. C'est le caractère que nous avons fait connaître ci-dessus. Quant au texte de Justinien, il signifierait : « Il y a des actions mixtes (où chaque partie est à la fois demandeur et défendeur), et de ces actions il y en a tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles. » Cette interprétation est inadmissible, car il n'y a pas d'action réelle où chaque partie soit à la fois demandeur ou défendeur. On se heurte à une impossibilité juridique.

2° Suivant d'autres interprètes, l'action *familiæ eriscundæ* est et reste toujours comme les deux autres actions divisoires une action personnelle. Le juge chargé d'administrer la justice y trouve bien à résoudre une question d'obligation. Mais il peut arriver qu'au cours du procès, le juge ait à résoudre une question de propriété. L'action bien que donnée pour l'exécution d'obligations *quasi ex contractu* contient quelquefois, par exemple, la nécessité de statuer sur des droits réels d'hérédité.

Notez qu'à l'époque de Justinien, le système formulaire a disparu. On ne s'attache plus à qualifier les actions par leur formule. On veut exprimer ce double côté du rôle du juge, et l'on dit que nos actions semblent avoir une double cause : *mixtam causam obtinere videntur*. Cette opinion qui n'a rien au premier abord d'in vraisemblable est soutenue par M. Ortolan, t. III, § 2124.

3° Une autre plus absolue que la précédente et procédant du même principe, prétend que ce double caractère attribué à la mission du juge dans les actions divisoires réagit sur la rédaction même de la formule.

Or, dans le système formulaire on définit les actions par la formule.

Qu'arrive-t-il dans notre espèce? Nous avons une *intentio* rédigée *in personam* et une autre partie, l'*adjudicatio*, rédigée *in rem* : « *Quantum adjudicare oportet, Judex titio adjudicato.* » On objecte à ce système que les actions se définissent par la rédaction de l'*intentio* et de l'*intentio* seule. S'il en était autrement combien n'y aurait-il pas d'actions mixtes *tam in rem quam in personam*? Du reste, au temps de Justinien, auteur des expressions discutées, le système formulaire a disparu (Savigny, t. V, p. 97).

4° Un quatrième système repose encore sur une distinction à faire entre deux parties différentes du rôle du juge. Nos actions seraient mixtes en ce sens que chez elles seules, il peut y avoir à la fois et adjudication et condamnation.

Adjudication, c'est l'attribution de la propriété des choses : d'où l'on dit l'action est *in rem*. Condamnation, c'est la prestation de la part des personnes engagées à l'instance : d'où l'on conclut : l'action est *in personam*. Cette explication est elle-même sujette à critique. En ce qui concerne le prétendu caractère *in rem*, s'il existe, il se distingue profondément du caractère *in rem* dans les actions réelles ordinaires. Le demandeur dans l'action réelle soutient qu'il est propriétaire; s'il triomphe, c'est un droit antérieur qu'on lui reconnaît. Au contraire dans l'*adjudicatio*, le juge crée une propriété qui n'existait pas auparavant.

Il existe encore d'autres interprétations des termes actions mixtes, actions *tam in rem quam in personam*. Toutes sont plus ou moins sujettes à critique.

En somme, les actions *dites mixtes*, celles que nous étudions, n'ont qu'un caractère principal, le caractère d'action personnelle. La mission essentielle du juge est de statuer sur la question d'obligation. Non point qu'on ne puisse admettre que le cohéritier n'ait pas, quant à l'hérédité, le droit réel de propriété. Mais dès qu'il agit *familiæ erciscundæ*, il exerce le droit d'obligation qu'il a contre vous, afin de vous contraindre à faire déterminer votre part et la sienne.

- Nous avons ajouté que l'action *familiæ erciscundæ* était de bonne foi. Ce caractère s'affirmait dans la formule par ces mots : « *Quidquid dari fieri oportet ex fide bonæ, ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione quatenus æquius mælius.* »

Le caractère de bonne foi a quelquefois été contesté. L'action *familiæ erciscundæ* ne figure, a-t-on dit, ni dans l'énumération que donne Cicéron des actions de bonne foi, ni dans celle de Gaius. Mais cette opinion ne trouve guère de partisans. Justinien compte notre action parmi les actions de bonne foi. Il n'est guère probable qu'il ait innové sur ce point; il n'a fait que consacrer une opinion bien antérieure à son temps.

Aussi bien on démontre péremptoirement notre assertion par une foule de décisions prises à notre titre même. Notons la qualité d'*arbiter* donnée au juge, le droit pour celui-ci de condamner les copartageants à raison de leur faute d'omission (l. 25, § 18, *F. ercisc.*), le devoir qu'on lui impose de prendre des mesures provisoires (l. 38 p., 17, 2; l. 25, § 10 et § 13, *F. ercisc.*), le droit de compenser les dettes. — Autant de décisions qu'il doit prendre nonobstant la

non-opposition par le défendeur de l'exception de dol (l. 52, § 2, *F. ercisc.*).

Nous tenons donc que l'action *familiæ erciscundæ* est de bonne foi. La formule délivrée implique ce caractère, que nous retrouverons du reste à chaque pas dans l'étude que nous abordons maintenant de l'office du juge.

CHAPITRE II.

DE L'OFFICE DU JUGE.



L'office du juge que nous devons étudier dans notre chapitre II, se présente sous un double aspect auquel nous avons déjà fait allusion.

C'est ce qui est exprimé par ces mots : « *Judicium ex duobus constat ; id est rebus atque præstationibus* » (l. 22, § 4, *Fam. ercisc.*).

La division correspond aux deux ordres d'idées précédemment indiqués. Le juge de l'action *familiæ erciscundæ* fait des adjudications, et prononce des condamnations. Les adjudications portent sur les biens de la succession, les condamnations dérivent des obligations résultant du compte d'indivision.

Telle est bien la notion première. Si nous supposons une succession ainsi composée, que le partage puisse être fait commodément, en attribuant à chaque héritier sa part exacte en nature, cette première partie de son rôle remplie, il ne reste plus au juge qu'à condamner chacune des parties, s'il y a lieu, dans la mesure de ce qu'elle doit sur le compte d'indivision.

Dans cette hypothèse, il est clair que les deux faces de l'office du magistrat, non-seulement n'ont rien de commun, mais n'exercent aucune influence l'une sur l'autre. L'*adjudicatio* répond à cette question : A combien s'élève la part héréditaire? — La *condemnatio* à cette autre : Combien est-il dû pour chacun sur le compte d'indivision?

Mais il arrive que le juge lui-même, par ses procédés de partage, crée des causes de condamnations entre les copartageants, indépendamment de celles qui dérivent, comme nous venons de le dire, du compte d'indivision, l'*adjudicatio* et la *condemnatio* dans le *judicium familiæ erciscundæ* arrivent alors à réfléchir l'une sur l'autre. — Les Institutes disent formellement que si les adjudications sont inégales, et l'inégalité peut tenir à des raisons de fait ou de convenance, le juge doit corriger cette inégalité par une condamnation prononcée contre l'adjudicataire qui reçoit un lot supérieur à celui qui lui est dû (*Inst.*, IV, XVII, §§ 4 et 5). Nous sommes donc ici en présence d'une condamnation née à l'occasion du partage lui-même. Il n'a pas paru exorbitant, en une matière toute d'équité, de donner au juge une sorte de pouvoir discrétionnaire, lui permettant de compenser, par des prestations personnelles, les attributions inégales.

Il faut probablement aller plus loin. Bien qu'il n'y ait pas de décision formelle, il est probable qu'un juge, au lieu de prononcer une condamnation contre un cohéritier, tenu cette fois directement du chef de l'indivision, peut très bien réduire le lot de l'obligé. Si ce point est exact, il conduit à dire que l'office du magistrat, considéré dans son ensemble, présente un certain

caractère d'indivisibilité. Toutes les décisions qu'il prend se tiennent et s'enchaînent les unes les autres. Cependant, pour donner plus de clarté à notre exposé, nous traiterons en deux sections du rôle du juge. Dans la première, nous étudierons d'une façon plus générale la répartition du patrimoine entre les héritiers, avec l'*adjudicatio* pour principal, mais non pour unique moyen.

Dans la seconde, nous examinerons les obligations nées de l'indivision, et les condamnations auxquelles elles donnent lieu de la part du juge. Cette division, somme toute, n'est autre que celle de la loi 22, § 4, ci-dessus citée.

SECTION I.

Répartition du patrimoine entre les héritiers : — § I.
Formation de la masse. — § II. Division : a) prélèvements; b) partage proprement dit.

Le juge ne désigne pas, du premier coup, les parts qui doivent légitimement appartenir à chacun. Son travail est plus complexe; il doit : 1° déterminer la masse héréditaire; 2° cette masse faite, ordonner les prélèvements et procéder au partage proprement dit. Il consacre les divisions qu'il établit par des adjudications réciproques.

Nous devons observer qu'exceptionnellement certains éléments du patrimoine sont divisés de plein droit par la loi, ou au contraire répugnent à toute division. Les uns et les autres n'en doivent pas moins faire

l'objet des préoccupations du juge de l'action *familiæ erciscundæ*. Nous retrouverons ce point en temps et lieu.

I. *Quels biens forment la masse héréditaire?*

On doit comprendre à la masse trois principales sortes de biens : les biens corporels ou incorporels laissés par le défunt à son décès, d'autres biens survenus aux héritiers après l'addition d'hérédité *ex causâ hereditariâ*, les biens rapportés.

a). *Biens laissés par le défunt.* — Ces biens doivent s'entendre de ceux sur lesquels le *de cuius* avait un droit de propriété quiritaire. — On doit de même comprendre à la masse tous ceux qu'il avait seulement *in bonis*, c'est-à-dire, en général, tout ce qui constitue la propriété prétorienne, notamment les *prædia superficiaria* et les *prædia vectigalia* (l. 10, *F. ercisc.*). Les biens possédés de bonne foi par le *de cuius*, entrent de même dans la masse.

Il faut compter les biens mobiliers : par exemple, tout ce qui garnit une maison de ville ou une exploitation agricole. Ainsi Pomponius rappelle que les pigeons et les abeilles viennent au partage, aussi longtemps qu'ils ont conservé l'habitude de revenir au colombier ou à la ruche. S'ils perdent cette habitude, on ne peut plus, en effet, les considérer comme des dépendances du fonds. Redevenus sauvages, ils sont des *res nullius*. Toujours avec la même pensée, le même jurisconsulte remarque que si quelque membre

du troupeau se laisse enlever par un loup ou autre bête, il reste la propriété du maître tant qu'il n'est pas mangé, et doit être compris au partage s'il s'échappe (l. 8, §§ 1 et 2, *F. ercisc.*).

L'argent comptant; il peut arriver que le défunt ait confié des intérêts à un esclave, ou qu'il ait eu ce même esclave pour intendant. Supposez qu'il l'ait fait libre et institué héritier; celui-ci doit compte à ses cohéritiers des sommes qu'il administrait pour le défunt, et ces sommes doivent être comprises à la masse (l. 52, § 1, *F. ercisc.*).

Tous les éléments incorporels du patrimoine laissé par le *de cujus* doivent aussi être compris à la masse. Citons les créances et les dettes, les droits d'usufruit, les droits d'usage, les droits de gage, les servitudes. Certains textes à notre titre, semblent contredire ce que nous venons d'énoncer, au moins pour quelques-uns des droits ci-dessus indiqués. Ainsi d'après la loi 2, § 5, *F. ercisc.*, les créances restent en dehors du *judicium familiæ erciscundæ*; *non veniunt in iudicio....*, dit le texte. Ces mots se doivent entendre en ce sens que les créances comme les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers. Mais pour divisées qu'elles soient par la loi, il n'en est pas moins vrai qu'elles restent un élément essentiel de la masse sur laquelle opère le juge. Et celui-ci doit les négliger si peu qu'on lui donne ailleurs la faculté de greffer sur la division naturelle de la loi, une division différente valable seulement vis-à-vis des cohéritiers, dès que cela lui paraît opportun (l. 3, *F. ercisc.*).

Aussi bien retrouverons-nous plus loin les différents procédés de partage applicables à chacun des droits

énumérés plus haut. Il suffit, quant à présent, d'indiquer qu'ils doivent être mis à la masse.

Le patrimoine du défunt peut comprendre des droits conditionnels; faut-il les compter? Une distinction s'impose. Le bénéfice d'un legs conditionnel ne se transporte pas aux héritiers du légataire. Il ne peut donc pas être question de compter à la masse les biens qui en faisaient l'objet. Au contraire, le droit qui dérive d'un contrat conditionnel, droit plus fort que le précédent, existe du jour du contrat même, et se transmet. Il faut le comprendre au partage (l. 73, § 1, *ad leg. falcid.*).

Le *de cuius* peut avoir disposé conditionnellement de quelques biens héréditaires. *Pendente conditione*, les droits et prétentions du légataire sont en échec. Que deviennent, au point de vue qui nous occupe, les biens légués? Doivent-ils être compris au partage? — La question, dit Gaius, fut controversée. Des jurisconsultes disaient : Les objets légués sont *res nullius*. Ils ne sont pas au légataire, nous savons pourquoi. Ils ne sont pas non plus aux héritiers. C'est comme un legs pur et simple qui n'est pas encore accepté.

Au contraire, pour les autres, et cette opinion prévalut, les biens légués conditionnellement restent momentanément la chose des héritiers. Ils doivent donc être compris à la masse et partagés. C'est affaire au juge à prendre en considération, dans les adjudications qu'il en fera, l'*alea* que la situation comporte. En effet, la condition défaillit, le bien reste aux héritiers; la condition arrive, le bien leur est retiré pour être donné au légataire.

Cette solution que consacre formellement la loi 12,

§ 2 à notre titre, paraît bien la plus conforme aux principes.

Elle s'applique, d'après la même loi 12, au *statuliber*. Tant que la condition reste en suspens, l'esclave reste la propriété des héritiers; la condition s'accomplit, il devient libre.

Toujours en vertu de la même idée, on considère comme devant être mises à la masse, les choses enlevées par l'ennemi. On peut, en effet, dire qu'elles ne sont devenues la propriété de l'ennemi que sous cette condition suspensive, si on ne les lui reprend pas.

La condition venant à défaillir, il en résulte que le *de cujus* est censé ne jamais avoir été dépouillé. C'est pourquoi *propter spem postliminii*, il faut faire entrer au partage les biens occupés par l'ennemi (l. 22, § 5; l. 23, *F. ercisc.*).

Du reste, les cohéritiers de l'adjudicataire devront promettre une indemnité, en cas d'éviction définitive, à moins pourtant que le juge n'ait estimé les biens qu'un prix inférieur à raison même de la chance encourue (l. 23, *F. ercisc.*).

b). Biens survenus aux héritiers, après l'addition d'hérédité EX CAUSA HEREDITARIA. — La masse à partager ne s'entend pas seulement des biens nés en la personne du *de cujus*, et transmis à son décès.

Du décès à l'addition d'hérédité, au moins pour les héritiers externes, la succession peut s'enrichir d'une foule de produits, revenus ou accroissements.

Ils sont censés nés en la personne du *de cujus*, puisque l'hérédité *sustinet personam defuncti*.

Mais il faut aller plus loin. Les biens recueillis par

les héritiers, après l'adition d'hérédité, même après la *litis contestatio*, doivent être comptés au partage. Ces acquisitions sont celles qui sont faites *ex causâ hereditaria*. Elles étaient en quelque sorte en germe dans l'hérédité, et en sont comme un accroissement naturel. Voyons quelques exemples :

Les enfants nés après l'adition d'hérédité d'une esclave héréditaire (l. 11, *F. ercisc.*);

Les biens donnés par un tiers à des esclaves héréditaires (l. 12, § 1, *F. ercisc.*);

L'alluvion qui est venu se joindre à un fonds successoral (l. 16, § 3, *F. ercisc.*);

Les fruits des biens héréditaires. — Ici une distinction s'impose. L'héritier qui perçoit des fruits avant l'adition d'hérédité les gagne, s'il est de bonne foi; il les apporte à la masse s'il est de mauvaise foi; au contraire, tous les fruits perçus après l'adition d'hérédité sont à partager (l. 44, § 3, *F. ercisc.*);

Les fonds dont le *de cuius* n'a reçu que la tradition, acquis plus tard par une *usucapio* qui s'accomplit en la personne des héritiers;

Les fonds achetés par le défunt, et livrés après sa mort à ses successeurs.

Tous les exemples que nous venons de citer se réfèrent à des cas où la cause héréditaire est certaine.

Quant aux choses possédées par les cohéritiers en qualité d'acheteurs ou de donataires, elles ne viennent point à la masse et échappent au partage (l. 25, § 7). S'il arrive que le titre d'acquisition soit contesté, le juge doit écarter l'objet de la contestation (l. 45 pr., *F. ercisc.*).

Il est assez facile d'entendre comment des cohéri-

tiers ne doivent pas compte à la masse de biens acquis en dehors de tout intérêt de succession, à titre d'acheteurs ou de donataires.

Mais le droit romain va jusqu'à dire que les biens acquis par un héritier des deniers communs, ne viennent pas au partage. L'héritier acheteur doit seulement une indemnité (l. 4, C., *Comm. ut. jud.*).

Il est plus intéressant de constater comment certains incidents de procédure peuvent, à l'occasion, intervertir un titre héréditaire, et soustraire à la masse un bien qu'on eût cru devoir y être compris. Pomponius, l. 25, § 8, *F. ercisc.*, cite l'espèce suivante : Deux héritiers ont succédé à Titius. L'un des deux revendique contre Sempronius la moitié d'un fonds qu'il prétend appartenir à l'hérédité. Il succombe. Le second héritier, plus tard, achète la même moitié de Sempronius. Eh bien ! dit Pomponius, ni la moitié achetée, ni l'autre moitié ne doivent venir au partage ; celle-là, parce qu'elle est possédée *pro emptore* ; celle-ci, parce qu'il a été jugé entre Sempronius et le premier héritier que le bien n'est pas un bien héréditaire.

c). *Biens rapportés.* — La théorie du rapport, telle que le droit français l'a établie, n'existe pas en droit romain. Celui-ci n'a fait qu'en ébaucher le principe à propos de la *collatio dotis* dont la réglementation fut d'ailleurs assez tardive. Une institution plus ancienne était celle de la *collatio bonorum*.

Si la *collatio dotis* peut être qualifiée de rapport en ce sens qu'elle fait réellement rentrer à la succession des biens qui en étaient sortis, la *collatio bonorum* ne constitue qu'un véritable apport ; car elle ajoute

à la masse des éléments absolument nouveaux, à l'acquisition desquels le *de cuius* est resté parfaitement étranger.

Nous n'avons pas à faire la théorie de la *collatio*. Nous devons seulement rappeler que l'action *familiæ erciscundæ* était le moyen normal employé par les intéressés, pour la satisfaction de leurs intérêts, d'après la loi, en cette matière.

Quant à la *bonorum collatio* proprement dite, elle a pour but de faire comprendre à la masse les biens qui sans l'émancipation se trouveraient compris dans la succession comme étant nés en la personne du père de famille décédé. Les *bona castrensia* et *quasi castrensia* échappent à la *collatio* (l. 1, § 15, *De coll.*). C'est, du reste, une règle générale que les pécules forment un patrimoine à part; eux-mêmes, les enfants restés en puissance, ne les comprennent pas au partage. La *collatio bonorum* ne s'applique pas davantage aux biens dont l'enfant a été gratifié *dignitatis causâ*; car, ils lui servent à soutenir certaines charges (l. 1, § 16, *Coll.*; l. 20, § 6, *F. ercisc.*), à la dot reçue de la femme (l. 1, § 20, *De coll.*; l. 20, § 2, *F. ercisc.*).

Avec la *collatio dotis* on fait rentrer à la succession paternelle la dot constituée par celui-ci. Dès que le mariage n'est pas dissous, le mari ne peut être tenu d'une restitution anticipée; le rapport ne peut se faire qu'en moins prenant.

La *collatio dotis* procède surtout de cette idée acceptée en droit moderne, que les enfants se doivent mutuellement compte des avantages reçus des libéralités paternelles. Dès que plus tard les deux théories se sont fondues ensemble, on finit par dire qu'ils ne se

doivent compte que de celles-là. Dès lors, en ce qui nous intéresse, on ramène à la masse partageable les biens reçus du défunt entre-vifs, la dot, la donation *ante nuptias*....

- Tels sont les différents éléments de la masse, sur lesquels doit s'exercer le *judicium familiæ erciscundæ*. Mais il dépend des héritiers, au moins dans une certaine mesure, de soustraire au partage par un acte postérieur à l'addition d'hérédité, tel ou tel bien héréditaire.

Primus aliène sa part d'un fonds commun. Vis-à-vis de lui, et à l'encontre de ses cohéritiers, le fonds cesse d'être un fonds héréditaire. S'il intente l'action *familiæ erciscundæ*, il ne peut le faire comprendre au partage; et si la même action est intentée contre lui, le résultat est le même (l. 54, *F. ercisc.*; l. 3, *C. Com. divid.*). En cette hypothèse, pour les parts non aliénées, le fonds dont il s'agit n'en reste pas moins dans les rapports des cohéritiers étrangers à l'aliénation, une chose héréditaire. Il devait alors se produire le résultat suivant : contre le tiers acquéreur, les cohéritiers agissaient *communi dividundo*; à de certaines conditions, et nous savons lesquelles, la même action pouvait leur servir à sortir eux-mêmes d'indivision. S'ils le préféraient, l'action *communi dividundo* leur servait seulement à faire déterminer la part du tiers acquéreur. Cette part faite, l'action *familiæ erciscundæ* leur restait pour faire opérer le partage entre eux.

Ces aliénations de leurs parts héréditaires faites par les cohéritiers devaient conduire à de nombreuses difficultés, et créer des embarras de toutes sortes. Aussi voyons-nous que le législateur cherche à en restreindre

la pratique. Permisses avant la *litis contestatio*, elles sont formellement interdites dès qu'elles interviennent plus tard (l. 13, *F. excisc.*). Il n'est fait d'exception à la règle qu'en faveur des aliénations nécessaires. Toute idée de pensée frauduleuse ou chicanière étant alors écartée, les biens aliénés sont soustraits à l'action *familiæ exciscundæ* (l. 13, *F. excisc. in fine*).

L'usucapion au profit d'un tiers constitue un cas d'aliénation forcée. Commencée en temps opportun, terminée *post litem contestatam*, elle enlève au partage le bien sur lequel elle a porté (l. 14, *F. excisc.*).

II. *Division du patrimoine.*

Si l'on veut entendre l'expression « division du patrimoine » dans son sens le plus large, et désigner par là le travail qui consiste (en dehors de toute idée de partage proprement dit sur un objet particulier), à attribuer à chaque intéressé les biens et droits auxquels il a légitimement droit, il faut, avant tout, étudier les prélèvements auxquels certains héritiers prétendent, prélèvements que doit assurer le juge, par les adjudications qu'il en fait.

a). *Prélèvements.* — Prélever c'est prendre, avant tout partage, et de préférence à ses cohéritiers, certaine chose héréditaire.

Le prélèvement procède de plusieurs causes, citons :

1° *Le legs per præceptionem.* — Nous avons déjà parlé du legs *per præceptionem*, et des deux opinions qui s'étaient produites sur sa nature. Ceux qui l'assimilaient aux legs *per vindicationem*, n'admettaient pas qu'il pût

donner lieu à un prélèvement nécessitant l'intervention du juge de l'action *familiæ erciscundæ*. D'après eux, il rendait le légataire propriétaire, et celui-ci pouvait agir directement par la *vindicatio*. Nous avons dit que cette opinion avait prévalu sous Adrien. Toutefois, l'opinion contraire paraît avoir repris le dessus plus tard. Dès lors, le legs *per præceptionem* ne transférant pas la propriété *ipso jure*, c'est au juge de l'action *familiæ erciscundæ* qu'il appartient de garantir au légataire son prélèvement au moyen d'une *adjudicatio*.

Le legs *per præceptionem* peut avoir différents objets : un fonds, de l'argent, une créance, etc.

Quant au legs d'une somme d'argent, chaque héritier en est tenu pour sa part héréditaire, déduction faite de la part du légataire lui-même. On ne distingue point selon que l'hérédité comprend ou non l'argent nécessaire à l'exécution. Que si la somme n'existe pas, c'est au juge à faire argent en vendant un bien héréditaire (l. 25, § 22, *F. ercisc.*).

Le *de cujus* a-t-il légué une créance? Le juge doit obliger les cohéritiers à céder leur action au légataire de la créance.

L'objet du legs peut être un bien grevé d'hypothèque. En ce cas, Ulpien nous dit formellement que la dette hypothécaire dont le fonds grevé constitue la garantie doit être payée des deniers communs. Le légataire en doit naturellement sa part.

Il est remarquable qu'un légataire ordinaire d'un bien grevé d'hypothèque doit dégrever le bien légué, dans le cas où le défunt a ignoré l'existence de l'hypothèque. Au contraire, notre même légataire ordinaire ne doit prendre aucune part à l'acquittement de la

dette hypothécaire, dès que le testateur a connu l'existence de l'hypothèque. La décision générale donnée par Ulpien permet de penser que la distinction ci-dessus s'applique en matière de legs *per præceptionem*; de sorte que la situation de notre légataire est à la fois tantôt favorisée, tantôt empirée.

Au lieu d'assurer un avantage par prélèvement à son successible, le testateur lui impose quelquefois une charge particulière. Ainsi un héritier est grevé des dettes; le juge, au moins jusqu'à concurrence de la *falcidie*, doit veiller à ce qu'il les prenne en effet à sa charge (l. 20, § 5, *F. excisc.*). Une hypothèse plus compliquée est prévue par la même loi 20, § 8. Un mari, tenu par stipulation de la restitution de la dot, charge à son décès un de ses héritiers de cette restitution, si mieux n'aime le créancier recevoir à la place un legs déterminé. Le créancier préfère toucher sa créance, l'héritier chargé de la restitution doit la payer. Mais alors le legs ne doit pas être maintenu à la disposition des successibles restés étrangers au paiement; il est attribué par prélèvement au successible *solvens* (l. 20, § 8, *F. excisc.*).

2° *Prélèvement à raison de la dot.* — Le fils de famille marié prélève la dot de sa femme sur la succession de son père. La dot est destinée à subvenir aux frais du ménage. Qui subvient à ces frais? le père de famille. C'est donc lui qui a dû la recevoir (l. 36, § 1, *De jure dot.*). À sa mort, les charges passent au fils de famille devenu *sui juris*. C'est pourquoi la dot doit lui revenir à l'exclusion de tous les autres cohéritiers (l. 36, § 2, *De jure dot.*). Notre titre consacre la théorie en décidant que le fils de famille prélève la dot de sa femme sur

la succession de son père (l. 20, § 2). Ajoutons que s'il prend tous les avantages, le fils de famille court aussi tous les risques. Ainsi doit-il garantir ses cohéritiers contre toute action en restitution de la dot qui leur serait intentée en vertu de stipulations antérieures. Il reste seul vis-à-vis du stipulant.

Les principes romains conduisent à une autre solution plus compliquée mais aussi logique. Le fils de famille devenu *paterfamilias* par la mort de son père, prélève la dot non-seulement de sa femme, mais celle de sa bru (l. 20, § 2 *in fine*). C'est bien en effet sur lui que tomberont désormais les charges du ménage.

Le divorce fait cesser le droit au prélèvement de la dot. Cette conséquence s'impose.

D'après ce qui précède, c'est la qualité de mari qui fait le droit au prélèvement de la dot; la qualité d'héritier n'importe guère. Aussi voit-on que le fils de famille exhéredé n'en conserve pas moins une action pour se faire attribuer la dot de sa femme. De quelle nature est cette action? Les uns ont dit que c'est une action *familiæ erciscundæ* utile, les autres une action *in pactum* qui compète au fils *ut marito*, non *ut heredi*.

Pellat (textes sur la dot, p. 261, 2^e édit.) tient que c'est une action *familiæ erciscundæ* utile. Il en donne cette raison assez probante qu'il n'est pas sans exemple de voir donner l'action *familiæ erciscundæ* utile à des personnes qui n'ont ni la qualité d'héritier, ni même la qualité de successeurs prétoriens; on peut citer par exemple l'adrogé impubère qui vient réclamer la quarte antonine.

3^o *Prélèvement à raison d'une dette contractée par un héritier dans l'intérêt du de cujus.*

Notre titre donne plusieurs exemples de cette idée.

Un fils de famille héritier s'est obligé à payer sur le *jussus* de son père. Il prélèvera sur la succession le montant de l'obligation. Si le père est tenu seulement de *in rem verso* ou de *peculio*, le prélèvement ne s'exercera que jusqu'à concurrence du pécule, ou dans la limite du bénéfice réalisé par le *de cujus* (l. 20, § 1, *F. ercisc.*).

Au cas que nous venons d'énoncer, le prélèvement s'explique par cette idée qu'au fond l'obligation dont est tenu l'héritier est celle du père. On justifie de la même façon une autre solution de la même loi 20, § 6 : il y est dit que le fils de famille prélève les frais nécessaires pour soutenir certaines charges honorifiques dès qu'il a été placé dans ces charges par le père lui-même. Alors, dit notre texte, il y a là comme une dette de celui-ci.

b). Partage proprement dit : adjudicatio.

Les prélèvements faits, ce qui reste à la masse constitue vraiment ce qui doit être partagé. Une fois connu le droit héréditaire de chacun des cohéritiers, des parts proportionnelles doivent être établies, et réparties à chacun par *adjudicatio*.

L'*adjudicatio* dont nous avons déjà parlé à plusieurs reprises, qui sert à la délivrance des prélèvements eux-mêmes, est ce pouvoir tout spécial, caractéristique des trois actions divisoires, en vertu duquel le juge transforme en une propriété exclusive le droit indivis des communistes. Avant le partage, le droit des cohéritiers s'analyse en un droit égal sur chaque objet héréditaire ; incomplet à la vérité, limité, puisque le droit de chacun est tenu en échec par celui de tous les autres. Au con-

traire, une fois l'*adjudicatio* prononcée, chaque adjudicataire se retrouve maître exclusif de sa part. Le résultat est celui d'une vente. Un partage amiable s'analyserait plutôt en un échange. Vente ou échange, partage judiciaire ou partage amiable, ont du reste mêmes effets. L'*adjudicatio* constitue donc pour l'adjudicataire comme une sorte d'achat; achat forcé, puisque le juge de l'action *familix erciscundæ* impose aux parties sa propre volonté. Ce caractère d'achat forcé n'est cependant pas absolu; on ne l'admet généralement qu'à l'encontre de ceux qui sont demandeurs en partage.

Le juge ne se contente pas de faire des parts héréditaires et de les adjuger, son pouvoir va plus loin et c'est encore une des faces de l'*adjudicatio*. Il peut créer des droits nouveaux, des servitudes par exemple. Ce moyen sera quelquefois très propre à assurer la répartition la plus équitable du patrimoine, au mieux des intérêts de chacun.

Nous distinguerons le *partage des biens proprement dits* et le *partage des droits*.

Quant aux droits, nous avons déjà fait remarquer qu'il en est certains que la loi s'est chargée de partager elle-même. Nous verrons à ce sujet comment le juge se contente d'adjuger à chacun la part voulue par la loi, ou bien, au contraire, comment il peut faire une répartition nouvelle. Cette répartition ne vaut qu'*inter coheredes*.

1° *Partage des biens proprement dits*. — En général, quels que soient les biens à partager le juge doit s'inspirer de deux principes indiscutables :

Il doit se conformer à la volonté légalement expri-

mée par le défunt (l. 16, l. 21, C. *F. ercisc.*). Une pareille recommandation suppose que l'on reconnaît au père de famille *testat* ou *intestat*, le privilège de faire à ses héritiers le partage de ses biens. À l'époque de Papinien, ce privilège est certain ; on exige seulement que la volonté du défunt ne soit pas douteuse (l. 20, § 3, *F. ercisc.*; l. 1, C. *F. ercisc.*). Ce partage, qui peut être fait *sine scripturâ*, est comme la *divisio supremi judicii*, et le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit en assurer l'exécution comme il assure celle d'un legs *per præceptionem* (l. 21, C. *F. ercisc.*). En l'absence de toute disposition, il faut que le juge se souvienne avant tout que l'intérêt et les convenances des héritiers doivent être sa principale préoccupation.

Pour les biens corporels, le partage en nature est celui qui se présente tout de suite à l'esprit, et c'est en effet le mode le plus fréquent.

Le partage en nature lui-même se conçoit de différentes façons : Le juge a-t-il affaire à des biens facilement partageables? Il fait de chacun autant de parts divisées qu'il y a de cohéritiers, et adjuge à chacun celle qui lui convient selon son droit. Les biens individuellement ne se prêtent-ils pas à un partage facile? Il adjuge à chacun un ou plusieurs biens en entier toujours selon son droit (l. 22, § 1, § 2, *F. ercisc.*).

Du caractère de vente attribué à l'*adjudicatio*, il résulte que chaque cohéritier aloti doit à ses copartageants la valeur de sa part. En principe, le juge doit en effet prononcer de ce fait des condamnations réciproques; en pratique il n'en est rien, le juge compense entre elles les diverses condamnations (l. 52, § 2, *F. ercisc.*).

Il peut arriver que ni l'un ni l'autre des procédés ci-dessus ne convienne à la situation. Alors le juge procède à une licitation (l. 22, § 1 *in fine*).

La licitation est totale ou partielle selon qu'on l'applique à un objet particulier de l'hérédité ou à l'hérédité tout entière. Totale ou partielle, elle se résoud en une vente aux enchères. Le bien licité est adjugé au cohéritier le plus offrant et celui-ci est condamné à payer le prix à ses cohéritiers.

Quelquefois les étrangers sont appelés à prendre part à la licitation. En ce dernier cas, dès que l'adjudicataire est un étranger, il est assez difficile d'admettre que le transfert de la propriété soit fait par une *adjudicatio*. En effet, le surenchérisseur étranger n'est pas partie au procès. Or, le juge n'a de pouvoirs qu'à l'égard des parties. On ne voit ni comment il saurait adjuger à un tiers, ni à plus forte raison condamner ce même tiers à raison de l'*adjudicatio*.

On admet généralement que la difficulté se tourne, en faisant comparaître le tiers adjudicataire et les cohéritiers devant le magistrat, pour y faire consentir à ces derniers la *cessio in jure* du bien licité. Les conditions étaient celles fixées par le juge de l'action *familiæ erciscundæ*.

Au cas où le juge considère le partage comme impossible, il peut encore recourir, en dehors de la licitation, à un autre moyen. Il consiste à adjuger toute l'hérédité au même héritier. Celui-ci est chargé de soultes envers les autres successibles (l. 55, *F. ercisc.*).

- Tels sont les procédés généraux, voyons les particularités.

Le juge ne doit pas greffer indivision sur indivision.

Le *de cuius* a laissé dans sa succession un fonds commun avec un tiers (l. 25, § 6), il appartient au juge d'adjuger à un seul héritier cette part indivise avec le tiers.

Quelquefois l'intérêt des tiers est en cause; il doit, autant que possible, être sauvegardé par le partage. Soit un fonds héréditaire concédé au défunt à perpétuité, un *ager vectigalis*, par exemple. Divisez le fonds, vous diviserez la redevance et le créancier peut en souffrir. Aussi le juge est-il invité à mettre l'*ager vectigalis* tout entier au lot d'un des copartageants (l. 7, *Comm. divid.*).

- Le pouvoir le plus curieux est celui qu'on accorde au juge de créer des droits nouveaux. Nous l'avons signalé et nous savons qu'il se justifie pleinement. Voyons les applications :

En présence de certaines difficultés de nature à compromettre l'équité du partage, le juge peut créer des servitudes prédiales au profit d'un fonds attribué à l'adjudicataire Primus sur un autre fonds attribué à l'adjudicataire Secundus. La constitution de servitude doit être concomittante avec l'*adjudicatio*. Une *adjudicatio* pure et simple confère une propriété pure et simple, et le juge ne pourrait plus par son fait postérieur l'affecter d'un droit quelconque (l. 23, § 3, *F. excise.*). Il faut également noter que ce pouvoir de constituer des servitudes n'existe que sur les biens héréditaires (l. 18, *C. divid.*).

Toujours pour assurer l'égalité, il peut être créé même des servitudes personnelles.

Il est aussi permis au juge, étant donné un fonds héréditaire, d'en distribuer l'usufruit à un héritier et la nue-propriété à un second. Ce pouvoir peut paraître

exorbitant. L'adjudicataire de l'usufruit reçoit à la place du droit perpétuel recueilli dans l'hérédité un droit simplement viager. Pour exagéré qu'il paraisse, ce pouvoir n'est pas moins certain, et le juge devait en user. Consultait-il les héritiers sur l'opportunité de la mesure? C'est peu probable. Le juge, dans notre hypothèse, adjugeait purement et simplement *fundum* à l'un, et *usum fructum* à l'autre. Un legs fait dans ces termes par un testateur¹ aurait eu pour effet de donner au légataire du fonds la pleine propriété, et au légataire d'usufruit, l'usufruit indivis avec le précédent légataire. Le caractère de bonne foi de l'action *familix eriscundæ* ne permet pas cette interprétation rigoureuse en notre matière. D'ailleurs, si on l'adoptait, il faudrait dire que le juge a manqué son but, il n'aurait pas fait cesser l'indivision.

2° *Partage des droits* : — Une foule de droits peuvent se rencontrer dans une hérédité. Nous devons examiner les règles suivant lesquelles ils se répartissent entre les cohéritiers.

- Les créances et les dettes sont divisées de plein droit par la loi entre tous les héritiers au *prorata* de leurs parts héréditaires.

Si le juge se tient à cette division, il la consacre purement et simplement dans son *adjudicatio*. Chaque héritier reste tenu de sa part de dettes, comme il reste nanti d'une part de créances égale à son droit héréditaire.

¹ Le testateur qui voulait donner à l'un l'usufruit, à l'autre la propriété du fonds, devait tester ainsi qu'il suit : *Lego titio fundum cornelianum deducto usufructu. Sempronio, usum fructum fundi corneliani.*

Mais ce partage légal n'est pas toujours maintenu dans son intégrité. Il peut convenir aux intéressés agissant à l'amiable d'attribuer à l'un d'eux exclusivement tout le bénéfice d'une créance. En ce cas, les autres copartageants donnent à celui-ci mandat d'exercer leur créance. De même ils peuvent charger quelqu'un d'entre eux de l'intégralité d'une dette héréditaire. Le grevé reçoit quelque compensation sur un autre point.

Ce que les cohéritiers peuvent décider entre eux, le père de famille peut le faire aussi par les dispositions qu'il prend avant sa mort au sujet du partage de son hérité.

La même faculté est laissée au juge dès que cela lui paraît opportun. Il fait alors promettre aux cohéritiers par stipulation de céder leurs actions à celui qui est nanti de toute la créance ; celui qui est chargé de toute la dette, doit de son côté garantir à ses cohéritiers qu'ils ne seront pas inquiétés, ou, s'ils le sont, qu'ils seront indemnisés.

Il peut arriver que le juge ait omis de faire intervenir cette stipulation. Dans le cas de partage fait d'après les volontés du *de cujus*, il est certain qu'elle ne peut pas avoir lieu, nous dirons alors que les cohéritiers auront l'action *prescriptis verbis* pour arriver à l'exécution de l'espèce de transaction intervenue (l. 20, § 3, *F. erisc.*)

Ce même arrangement n'a absolument aucun effet vis-à-vis des tiers. Pour eux, c'est *res inter alios acta*. Les créanciers héréditaires restent donc libres de poursuivre chaque cohéritier pour sa part héréditaire. S'ils le préfèrent, ils poursuivent *procuratorio nomine* celui

que le partage a chargé de toute la dette (l. 3, *F. ercisc. in fine*).

— Les droits d'usufruit, d'usage, compris en une hérédité doivent être partagés et répartis par les soins du juge entre les cohéritiers.

Normalement, il paraît assez difficile de concevoir un usufruit héréditaire. Le caractère viager de ce droit implique que si le *de cuius* avait dans son patrimoine un usufruit, il a dû disparaître à son décès. Notre titre nous donne deux exemples d'usufruit héréditaire : le premier est celui où un testateur lègue un fonds *deducto usufructu*; dans le second, c'est un esclave héréditaire qui est institué légataire d'un droit d'usufruit (l. 14, § 1; l. 15, *F. ercisc.*).

L'espèce prévue est donc vraisemblable; le règlement qu'on en fait prête à la critique; partager un usufruit, dit-on, semble impossible. C'est un droit qui emprunte toute sa valeur aux personnes qui en sont nanties; très précieux s'il appartient à une personne jeune, il ne l'est plus si vous en revêtez un vieillard. Si vous permettez au juge d'attribuer exclusivement à un héritier quel qu'il soit l'usufruit héréditaire, vous lui permettez par là même d'exagérer ou d'amoindrir une valeur de l'hérédité.

Quoi qu'il en soit, le juge partage l'usufruit héréditaire et voici les procédés variés dont il se sert : il peut diviser les fonds de la succession proportionnellement au droit de chacun, et confier du même coup à chacun l'usufruit sur sa part. — Il peut louer l'usufruit, à l'un des successibles ou à un tiers, et répartir le montant de la location entre tous les inté-

ressés. — L'usufruit est-il mobilier? Le juge peut donner à chacun l'exercice momentané du droit. En ce cas, la restitution à l'expiration du délai de jouissance doit être garanti (l. 7, § 10, *C. divid.*).

Les mêmes difficultés se présentaient pour le partage d'un droit d'usage. La nature propre de ce droit, qui n'est pas un droit aux fruits, compliquait encore la situation; il ne semblait guère facile de concevoir, en effet, la location d'un droit d'usage, c'est pourtant le procédé qui semble avoir été employé (l. 10, *C. divid.*).

- La loi 25; *F. exerc.*, §§ 9 et suivants, suppose diverses hypothèses dans lesquelles les héritiers se trouvent saisis d'avantages ou de charges particulières, du fait de stipulations exigées ou consenties par le défunt.

Les stipulations dont il est question sont de nature indivisible. Elles ne constituent donc pas, à proprement parler, des causes de partage et de divisions à faire entre les cohéritiers. Il n'en est pas moins vrai que le juge doit se préoccuper de l'influence que l'exécution de ces obligations peut avoir sur les rapports des cohéritiers entre eux.

Paul suppose d'abord qu'un *de cujus* a stipulé une servitude : *viam, iter, actum...* Y a-t-il lieu à partager le bénéfice de cette stipulation? Non. La servitude est, en effet, indivisible de sa nature, et on en conclut que chaque cohéritier peut réclamer, pour son utilité personnelle, la servitude stipulée par son auteur. — Si l'exercice de la servitude est refusé, le cohéritier poursuivant obtiendra une condamnation proportionnée à sa part héréditaire. — Paul examine ensuite le cas

où le *de cuius* a promis une servitude. La promesse est indivisible, chaque successible est tenu de procurer l'exercice de la servitude. Cet exercice est-il contrarié, un cohéritier quelconque peut être condamné, et condamné pour le tout. Mais alors il doit avoir un recours contre ses cohéritiers proportionné à la part héréditaire de chacun d'eux. Aussi le juge ne doit-il pas manquer de faire garantir ce recours au moment du partage.

D'autres cas sont examinés : promesse avec clause pénale, promesse de ne pas faire tel ou tel acte, tous cas auxquels le manquement de parole de l'un des cohéritiers engage la responsabilité de tous. Le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit faire stipuler les garanties nécessaires, afin que la responsabilité de l'acte retombe sur celui qui l'a commis (l. 25, § 12, § 13, *F. ercisc.*).

- Le droit de gage indivis donne lieu à plus d'une difficulté. Un bien a été constitué en gage au défunt. Le bien doit être compris à la masse. Il s'agit de savoir comment le bénéfice, résultant de cette mise en gage, peut et doit être réparti.

L'objet du gage est adjudgé tout entier au même héritier. L'adjudicataire, conformément au principe général, doit être condamné à payer le prix de son adjudication ; sauf, bien entendu, le procédé de la compensation qui était habituel, et qui ici, comme ailleurs, devait être employé par le juge. Qu'il s'agisse de prestation véritable à fournir ou qu'il s'agisse d'une simple compensation, il importe d'apprécier à sa juste valeur le prix que représente, pour l'adjudicataire, la mise en son lot de l'objet engagé.

Une distinction s'impose selon que la valeur du

gage est ou non inférieure au montant de la créance.

Est-elle inférieure? L'adjudicataire doit tenir compte à ses cohéritiers de leur part héréditaire dans cette valeur. Sa responsabilité ne peut ni ne doit aller au delà. En effet, la vente de l'objet engagé ne leur aurait pas procuré d'avantage supérieur à celui-là.

Au contraire, dès que l'objet engagé est de valeur supérieure ou au moins égale au montant de la créance, l'héritier adjudicataire doit être condamné à payer aux autres successibles une somme égale à leur part héréditaire dans la créance. Il doit tout cela, mais rien de plus; car ici encore, la vente n'aurait pas procuré un plus gros bénéfice; car les vendeurs d'un gage doivent restituer au débiteur la différence entre le prix du gage et le montant de leur créance. Cette solution est du reste confirmée par la loi 7, § 12, *Comm. divid.*

Vis-à-vis de l'adjudicataire, le droit du débiteur reste entier. Il peut recouvrer son gage en payant la dette. Or, en vertu de la division des dettes, il ne doit au nouveau détenteur que sa part héréditaire dans la créance. A prendre ce principe à la lettre, notre adjudicataire auquel le débiteur viendrait offrir de payer cette part devrait se dessaisir du gage et le restituer. Il en résulterait une lésion certaine. Pour l'éviter, on aurait compris que les cohéritiers eussent promis à l'adjudicataire une indemnité pour ce cas d'éviction.

Il n'en est rien, et on préfère un autre moyen plus direct et à la vérité plus pratique. C'est du débiteur lui-même que le détenteur du gage tire le dédommagement auquel il a droit. Poursuivi en restitution du gage, il oppose au débiteur l'action de dol sous-enten-

due dans l'action hypothécaire, et contraint celui-ci à lui restituer les déboursés qu'il a dû faire. Ce procédé s'emploie vis-à-vis d'un débiteur qui réclame à l'adjudicataire le gage entier tout en ne prétendant payer que la portion de la dette correspondant à la part héréditaire de ce dernier.

On peut supposer un débiteur qui ne paie que cette même portion de dette, et ne prétend aussi qu'à une restitution partielle du gage, restitution proportionnée à la part de dette acquittée. L'adjudicataire peut opposer à cette seconde prétention la même exception de dol, et contraindre son adversaire à la restitution intégrale de l'objet engagé avec remboursement complet.

Mais la loi 29, *F. ercisc.*, qui contient toutes les décisions que nous venons de donner, va plus loin : elle donne à l'adjudicataire du gage le droit de poursuivre, par une action directe, le remboursement des condamnations qu'il a dû payer à ses cohéritiers, et ce sans attendre la demande en restitution du débiteur. Cette décision, absolument certaine, est présentée comme une conséquence de l'idée qui suit : l'adjudicataire n'a pas créé la situation. On a mis le gage en son lot, sans le consulter ; il a dû faire à ses cohéritiers certaines restitutions, restitutions qui font échapper le débiteur aux poursuites de ces derniers. Il a fait l'affaire de ce débiteur, il est juste que celui-ci soit tenu.

On s'est demandé quelle était au juste la nature de cette action signalée par les derniers mots de notre loi 29.

Cujas a montré qu'il ne fallait pas la considérer comme une *actio negotiorum contraria*, comme on l'avait dès l'abord proposé. La gestion d'affaires implique

l'intention d'être utile à quelqu'un. Or, dans le partage, les copartageants poursuivent la satisfaction de leur propre intérêt.

L'action de notre adjudicataire s'analyse en une action *pigneratitia contraria* par laquelle le créancier gagiste obtient le remboursement de ses dépenses nécessaires. Cette opinion prévaut aujourd'hui.

La solution de la loi 29 est-elle absolue, ou souffre-t-elle des exceptions? L'adjudication, dit-on, constitue une aliénation nécessaire : très bien, dès qu'elle est faite à un cohéritier défendeur en partage. Si cependant l'adjudicataire est celui-là précisément qui l'a provoquée, l'aliénation perd beaucoup de son caractère forcé. Cette distinction est faite dans plusieurs textes.

Des auteurs, M. Demangeat, entre autres, maintiennent le caractère forcé de toutes les aliénations résultant d'une *adjudicatio* faite dans un *judicium familiæ erciscundæ*, sans distinction de demandeur ou de défendeur. Il leur paraît que dans l'espèce, « sans que le demandeur y ait porté spécialement son intention, l'acquisition ou l'aliénation d'un objet héréditaire est toujours la conséquence forcée du désir de partager la masse. »

Quoi qu'il en soit, selon qu'on adopte l'une ou l'autre de ces deux théories, la portée de la loi 29 *in fine* sera générale, et nous permettrons à tout adjudicataire de poursuivre directement le remboursement de ce qu'il a dû payer à ses cohéritiers; ou bien, au contraire, nous n'accorderons ce droit qu'à l'adjudicataire défendeur au partage.

En tout cas, en tant que le détenteur du gage poursuit son remboursement par simple voie d'exception,

nous ne croyons pas qu'il soit utile de distinguer s'il a été demandeur ou défendeur au partage. Ceci s'entend aussi bien du cas où il oblige le débiteur à retirer tout le gage, que du cas où il le contraint à payer toute la dette.

Ici se termine le partage de la masse héréditaire. Nous devons signaler seulement quelques particularités tenant à de certains objets dont ne peuvent, à la vérité, être apportonnés les successibles, mais qui n'en concernent pas moins leur intérêt.

Les mauvais médicaments, les poisons, les livres d'une lecture dangereuse (concernant la magie et autres semblables) ne doivent pas faire l'objet d'une répartition.

Un honnête homme, dit la loi 4 à notre titre, ne se charge pas de semblable besogne. Bien au contraire, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit veiller à la destruction de tous ces objets (l. 4, § 1). Il ne doit pas s'occuper davantage de partager les biens qui auraient été acquis à l'hérédité par quelque moyen impur, larcin, vol, etc.

Le juge désigne l'héritier qui doit rester dépositaire du testament. Il choisit ordinairement celui dont le droit successoral est le plus fort, ou bien il ordonne que le testament soit déposé en un lieu sacré. En cas de vente de l'hérédité, il doit être fait au vendeur une copie du testament; l'original reste à l'héritier dont la part est la plus forte, ou bien est déposé comme nous venons de le dire (l. 4, *F. ercisc.*, § 3).

Dès qu'une hérédité comprend des titres, on procède, pour la garde de ces titres, à peu près comme nous

venons de le dire pour le testament. L'original reste aux mains du principal héritier; les autres en peuvent prendre connaissance, et en font garantir la représentation en cas de nécessité. Si tous les héritiers ont des droits égaux, le sort décide quel sera le dépositaire; ou bien un ami commun est désigné pour en avoir la garde. Quelquefois encore, on dépose les titres en un lieu sacré (l. 5, l. 6, *F. ercisc.*).

- Au cours du partage, le juge, nous l'avons dit, transforme par l'*adjudicatio* le droit indivis des communistes en un droit exclusif. Nous avons aussi constaté que ce même pouvoir, l'*adjudicatio*, lui permet de créer des droits absolument nouveaux, comme une servitude.

Le droit romain connaissant deux sortes de propriétés, la propriété quiritaire et la propriété simplement bonitaire, on s'est demandé si l'*adjudicatio* conférerait l'une ou l'autre.

Sur ce point, la doctrine généralement admise est la suivante. À considérer l'*adjudicatio* comme servant à distribuer entre les cohéritiers les biens et droits successifs on admet que ces biens et droits passent à l'héritier appportionné, sans changer de nature. Une hérédité comprend, selon les cas, toutes sortes d'éléments, biens de droits civil, biens de droit prétorien. L'adjudicataire aura donc, soit la propriété quiritaire de son lot, soit la propriété bonitaire.

Cependant cette solution n'est plus admise dès qu'il s'agit d'un *judicium imperio continens*. En ce cas, et quelle que soit la nature du droit à partager, l'*adjudicatio* ne confère jamais que la propriété bonitaire.

L'origine des *judicia imperio continentia*, leur caractère exceptionnel, leur organisation en dehors du droit

civil primitif, justifient *à priori* cette opinion. Elle trouve du reste un appui dans le § 47, *Frag. Vatic.*; et dans la loi 44, § 1, *F. ercisc.* Aux termes de ce dernier texte, le prêteur doit garantir par des exceptions, ou par des actions prétoriennes les adjudications faites par le juge de l'action *familiæ erciscundæ*. Or, cette précaution n'a pas de raison d'être pour un propriétaire *ex jure quiritium*. Au contraire, elle se justifie pleinement, si l'on suppose un simple propriétaire prétorien.

Si l'on envisage l'*adjudicatio* comme servant à créer des droits nouveaux, la distinction que nous venons de faire ci-dessus s'applique encore. Ainsi, des servitudes prédiales créées au cours d'un *judicium familiæ erciscundæ* n'ont d'existence en droit civil que si elles sont établies dans un *judicium legitimum*. Le cohéritier devenu adjudicataire dans un *judicium imperio continens*, d'un objet héréditaire a la publicienne (l. 7, *De publ. in rem act.*).

L'*adjudicatio* vaut encore comme juste titre pour usucaper (l. 17, *De usurp. et usucap.*) dès qu'elle s'applique à quelque bien qui n'appartenait pas au défunt. En ce cas, elle donne aussi droit à la publicienne comme ci-dessus.

Le juge peut-il soumettre l'*adjudicatio* à quelque modalité? La question a plusieurs faces. Il est certain que tacitement l'*adjudicatio* comporte quelquefois une condition. Dès que la théorie du *postliminium* est en jeu, et nous avons vu que c'est un cas assez fréquent, puisqu'on fait entrer au partage les choses possédées par l'ennemi, par exemple, il est clair que l'adjudication est soumise à cette condition, « si ces choses sont enlevées à l'ennemi. »

Quant à une modalité expresse, distinguons avec les textes l'*adjudicatio ad certum tempus*, *ad conditionem* et l'*adjudicatio ex certo tempore*, *ex conditione*.

Aux termes du paragraphe 48 des Fragments du Vatican, l'*adjudicatio ad certum tempus* est permise. Il est probable que c'est là une décision un peu nouvelle; car, pendant longtemps, le transfert de la propriété *ad tempus* fut interdit. Au temps de Paul et d'Ulpien, on commence à faire prévaloir la théorie nouvelle, dont le § 48 ci-dessus est une application. C'est surtout pour la condition suspensive qu'on a mis en doute la possibilité pour le juge de faire une *adjudicatio* conditionnelle. M. Bufnoir, dans son *Traité des conditions*, soutient la négative. Il fait remarquer que les décisions judiciaires sont, en principe, pures et simples; que, d'autre part, si on considère l'*adjudicatio* comme un de ces actes solennels de pur droit civil servant au transfert de la propriété, l'*adjudicatio* tombe sous l'application de la loi 77, *De regulis juris*, qui interdit toute condition suspensive dans les *actus legitimi*.

Ceux qui soutiennent que l'*adjudicatio* peut être faite *ex certo tempore*, *ex conditione*, font remarquer que l'interprétation donnée à la loi 77, *De reg. jur.*, n'est pas bien assurée. M. Accarias, notamment, soutient que cette loi n'a pas pour objet d'interdire la condition dans tout *actus legitimus* (sauf à déterminer à quels actes on peut donner ce nom); mais il prétend qu'aux termes de la loi 77, parmi les *actus legitimi*, les uns comportent l'apposition d'une condition, les autres non. — Avec cette interprétation, il est bien certain que l'*adjudicatio* est un *actus legitimus*, mais il l'est beaucoup, moins que l'*adjudicatio* soit précisément un de

ces *actus legitimi* auxquels répugne l'apposition d'une condition.

A considérer l'*adjudicatio* comme l'expression d'une décision judiciaire, on remarque que les décisions judiciaires pour être, en principe, pures et simples, n'en sont pas moins quelquefois soumises à condition (l. 40, *in fine*, *ad leg. Aquil.*).

Nous trouvons dans les textes des arguments formels en faveur de deux opinions : *Frag. Vatic.*, Paul, § 49; l. 16, § 2, *F. ercisc.*

SECTION II.

Des condamnations.

L'indivision entre les cohéritiers ne conduit pas seulement au partage des objets héréditaires. Sur le compte d'indivision, il y a toujours des créanciers et des débiteurs. Le juge règle par des condamnations la situation de chacun. Par suite de l'état de communauté, un héritier peut réaliser certains bénéfices ou éprouver certaines pertes. Tout cela doit être réparti entre les héritiers. L'équité veut, et la loi commande que pertes et bénéfices soient mis en commun. Le juge y pourvoit et assure par là l'égalité de situation entre les communistes.

Pour examiner les prestations que fait naître le compte d'indivision il faut distinguer, suivant une tradition constante, si le fait créateur de l'obligation dérive ou non de la faute du cohéritier.

1° Prestations dues à raison de l'indivision sans qu'aucune faute ait été commise.

Nous dirons, nous conformant là-dessus aux expressions même de Pothier sur la matière : *Lucrum communicandum est. — Damnum communicandum est.*

a) *Lucrum communicandum est.* — L'héritier qui recueille à raison de l'hérédité quelque bénéfice, doit faire participer les cohéritiers à ce bénéfice..... « *prospicere iudex debet, ut quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit stipulatus ve est, non ad ejus solius, lucrum pertineat* (l. 19, *F. ercisc.*).

Notre titre donne plusieurs applications de la règle.

Le trésor découvert en un fonds héréditaire doit être réparti entre tous (l. 22 p., *F. ercisc.*). Un héritier a perçu des fruits, il en doit compte. La loi 7, *F. ercisc.*, suppose une hypothèse plus compliquée, à peu près dans le même ordre d'idées : deux héritiers existent : l'un est à l'étranger ou bien est institué conditionnellement, l'autre est présent. Celui-ci se voit contester la succession par un tiers; il triomphe; le second revient, ou la condition s'accomplit; — le premier doit compte au second de sa victoire judiciaire.

Nous devons remarquer cependant que si l'acte qui a procuré le bénéfice est un acte que le cohéritier eût pu faire pour sa part, cet acte ne donne pas lieu à une condamnation par l'action *familiæ erciscundæ*. Ainsi dès qu'un fonds commun est susceptible d'être loué pour partie, s'il est en effet loué par un cohéritier pour sa part héréditaire, il est possible que ce louage donne lieu à un recours au profit des autres communistes; mais ce recours s'exerce par l'action *negotiorum gesto-*

rum, non par l'action *familiæ erciscundæ* (l. 6, § 2, *Comm. divid.*). Pour donner lieu à condamnation par le juge dans l'action *familiæ erciscundæ*, les bénéfices doivent donc résulter d'actes qu'il est impossible de faire pour partie. Même en supposant un acte susceptible d'être fait pour partie, si ce même acte est accompli *communi nomine*, l'action *familiæ erciscundæ* conserve son application.

b) *Damnum communicandum est.* — Il faut entendre par cette formule le droit appartenant à un cohéritier de faire répartir entre tous les communistes les charges qu'il a subies pour un intérêt héréditaire.

C'est ce qui est indiqué par Pothier dans les termes suivants : « *Damnum quod quis sine culpa sua ex causa hereditaria (aut communi) sentit, his judiciis (F. ercisc., comm. divid., fin. regund.) consequi potest uti sibi ex communi sarciatur.* »

L'application principale de l'idée générale est celle-ci : Le cohéritier a droit à se faire indemniser des dépenses qu'il a faites pour les choses héréditaires. Il va de soi qu'il doit s'agir d'une dépense faite pendant l'état d'indivision. La loi 49, à notre titre, contient un exemple très détaillé de ce point.

Pour donner droit à l'indemnité il suffit d'une dépense utile. C'est également là, un point généralement admis, bien qu'on ait quelquefois invoqué en sens contraire un passage des Institutes. Aux termes de ce passage, le cohéritier n'aurait droit à l'indemnité que pour une dépense nécessaire (§ 3, III, 27, *Inst.*). Mais les textes du Digeste ne font point cette réserve, ils sont généraux ; le texte des Institutes est un texte dé-

monstratif, il donne un exemple d'obligation entre copropriétaires et n'a pas d'autre portée. On a dit : dès qu'il s'agit d'un bien soumis à la *collatio dotis*, il n'est tenu compte que des dépenses nécessaires (l. 1, § 5, *De dot. coll.*). M. Accarias fait à ce propos une remarque importante (t. II, 3^e édit., p. 598, n. 1) : Le texte en question permet à la femme de déduire « les dépenses nécessaires et rien de plus, » soit; mais les biens dotaux ne sont pas des biens indivis au sens vrai du mot. Les dépenses dont il est question ont été faites par le mari, et les dépenses nécessaires diminuent la dot : « *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt.* » La femme, en déduisant les dépenses nécessaires, rapporte la dot telle qu'elle est. Quant à savoir si le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ne doit pas tenir compte des dépenses utiles dont la femme serait débitrice envers son mari, c'est une autre affaire à laquelle n'a pas songé la loi 1, § 5, *De dot. coll.* ci-dessus citée : et rien ne prouve que, encore sur ce point, il ne faille pas appliquer la théorie d'après laquelle il doit être tenu compte des dépenses même simplement utiles.

Les dépenses utiles sont très variées : un paiement d'intérêts, une réparation urgente, etc...

Pour en apprécier la légitimité et la quotité, il faut se placer au moment où l'acte intervient et non à une autre époque. Si quelque circonstance extraordinaire vient à diminuer ou anéantir le service rendu, le cohéritier n'en a pas moins droit à l'indemnité (l. 31, *F. ercisc.*).

Enfin, et ce point est plus délicat, il faut que le cohéritier ait agi en qualité de cohéritier pour l'hérédité. Si l'acte est de ceux qu'il aurait pu faire pour sa

part, il n'a, pour assurer son recours, que l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Ainsi, le cohéritier qui paie en entier une dette héréditaire pour empêcher qu'une clause pénale soit encourue, fait un acte qu'il n'aurait pu accomplir utilement pour une part, car un paiement partiel ne l'aurait pas libéré de la clause pénale. Aussi son recours est-il assuré par l'action *familiæ erciscundæ*.

Nous avons trouvé la même idée dès qu'il s'agit de répartir un avantage (l. 6, § 2, *C. divid.*).

La distinction présente un assez sérieux intérêt. Les fautes s'apprécient de façon différente suivant qu'on se place dans l'action *familiæ erciscundæ* ou dans l'action de gestion d'affaires. Le gérant d'affaires est responsable de sa faute *in abstracto*, le cohéritier de sa faute *in concreto*. Il est donc important de déterminer les cas où un cohéritier agit par l'action *familiæ erciscundæ* et ceux auxquels il agit par l'action *negotiorum gestorum*.

Dès qu'un cohéritier fait pour tous un acte qu'il pouvait accomplir pour lui seul, il agit donc *negotiorum gestorum*. Tout le monde est d'accord que cette action est la seule qui lui soit ouverte. Il pouvait limiter sa dépense à sa part; il a fait un acte absolument libre en faisant l'affaire de ses cohéritiers; on peut à bon droit se montrer plus sévère pour une ingérence volontaire que pour un acte forcé.

- Mais on a quelquefois soutenu qu'un cohéritier qui a fait une dépense qu'il n'était pas libre de restreindre à sa part, peut à son gré recourir par l'action *familiæ erciscundæ* ou par l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Cette prétention injustifiable en droit, ne présente

non plus guère d'intérêt pratique. Si elle était admise, on ne voit pas bien comment un cohéritier préférerait à l'action *familiæ erciscundæ*, l'action de gestion d'affaires où sa conduite serait plus sévèrement contrôlée.

Quoi qu'il en soit, on a découvert des textes qui semblent militer en faveur du concours des deux actions; un rescrit de Sévère et d'Antonin qui donne à celui qui a payé pour son frère cohéritier une dette de la succession, soit l'action *negotiorum gestorum*, soit l'action de partage (l. 3, C., 2. 19); une loi de Dioclétien et de Maximien qui consacre le même système : *in communi autem hereditate quin sumptus ab uno facti bona fide familiæ erciscundæ judicio, vel negotiorum actione servari possint, non est ambiguum* (l. 3, C. F. *ercisc.*).

Malgré tout, il est à peu près impossible d'admettre le concours de ces deux actions. La raison déterminante, en dehors de celle que l'on peut tirer du silence de notre titre, se tire du caractère principal de la gestion d'affaires. Or, ce quasi-contrat ne peut absolument pas se former dès que le gérant ne peut séparer son intérêt personnel de celui du tiers. C'est précisément en un cas semblable que nous nous plaçons.

On a du reste fait remarquer que cette doctrine peut très bien se concilier avec la loi 3 ci-dessus. Cette loi vise le paiement d'une dette hypothécaire. Considérez le cohéritier comme obligé personnel, il peut payer pour sa part; considérez-le comme obligé hypothécairement, il ne peut éteindre l'obligation que pour le tout. Au premier cas, nous lui donnerons l'action *negotiorum gestorum*, au second, l'action *familiæ erciscundæ* et celle-là seulement.

- Les dépenses proprement dites faites par un cohéri-

tier dans un intérêt héréditaire ne sont pas les seules causes de recours qu'il puisse faire valoir.

On trouve au titre *Familiæ erciscundæ* nombre de cas où des recours sont poursuivis pour dommages éprouvés, services matériels rendus, etc.

Un esclave héréditaire vole un objet appartenant à un des successibles, ce vol peut amener un recours contre les héritiers (l. 16, § 6, *F. ercisc.*).

Deux cohéritiers sont chargés d'élever une statue, l'un manque de prêter son concours, le second peut recourir pour le montant des frais (l. 44, *F. erc. in fine*).

2° *Prestations dues à raison de quelque faute.* — Le cohéritier doit réparation du dommage qu'il a causé par sa faute, et cette réparation se poursuit par l'action *familiæ erciscundæ* (l. 19, C. *F. ercisc.*).

Il est toujours bien entendu que le dommage causé pendant l'indivision et après l'adition d'hérédité est seul en cause (l. 16, § 4, *F. ercisc.*).

La faute dont il s'agit ici s'entend aussi bien de celle *in ommittendo* que de celle *in committendo*. Ainsi l'héritier qui laisse s'éteindre une servitude par le non usage, est responsable (l. 25, §§ 17-18, *F. ercisc.*).

En notre matière, la faute s'apprécie *in concreto*, c'est-à-dire que le cohéritier répond de toutes celles qu'il n'eût pas commises s'il eût mis à agir la diligence qu'il consacre ordinairement à ses propres affaires. Ce système, qui n'a du reste rien de particulier, se justifie très facilement : dans l'indivision héréditaire, les affaires de tous sont les affaires de chacun ; les cohéritiers sont naturellement portés à agir comme ils le feraient pour eux-mêmes.

Tous ces points n'offrent pas de difficultés sérieuses.

Au lieu d'une simple faute, le fait dommageable peut constituer un véritable délit. En ce cas, le cohéritier créancier est investi tout à la fois de l'action quasi-contractuelle *familiæ erciscundæ* et de l'action du délit. Le créancier ne cumule pas le bénéfice des deux actions (l. 7, § 8, *ad leg. Aquil.*), il peut seulement les exercer successivement l'une et l'autre, afin d'obtenir le maximum de la réparation auquel donne droit la plus sévère. S'il invoque l'action *familiæ erciscundæ* pour la réparation d'un délit, le *damnum* s'estime au simple. Eh bien ! l'exercice de l'action du délit peut servir à compléter le maximum de la réparation auquel on fût arrivé tout de suite par l'exercice direct de cette même action (l. 17, *F. ercisc.*).

Mais il peut se présenter un fait qualifié délit, puni comme tel, et qui, cependant, ne comporte pas pour celui qui l'a accompli de responsabilité en vertu du quasi-contrat d'indivision. Ainsi, j'ai fait un acte qui ne contient ni dol ni faute lourde. Je ne dois aucune réparation en vertu de l'indivision ; peut-être le même fait est punissable en vertu de la loi Aquilia. On se demande si je vais échapper à toute responsabilité, par la raison que je ne suis pas obligé en vertu des règles qui régissent les rapports entre cohéritiers. Nous ferons, avec M. Accarias, la distinction suivante : Le dommage a-t-il son principe dans un fait autorisé entre cohéritiers ? Il faut dire que l'action de la loi Aquilia ne l'atteindrait pas, car il n'est pas véritablement contraire au droit ; la solution n'est plus la même si le dommage a son principe dans un fait non autorisé. Ce fait non autorisé, dans l'espèce, sera celui d'un cohéritier négligent, la négligence devant s'apprécier *in abstracto*.

L'action *familiæ erciscundæ* ne peut être exercée qu'une fois. En attendant que toutes les obligations nées de l'indivision n'aient pas été déduites *in judicio*, par quelle action les cohéritiers poursuivront-ils l'exécution de celles qui restent impartagées? Ils pourront agir *negotiorum gestorum* toutes les fois qu'il s'agira d'un acte que le cohéritier obligé pouvait accomplir pour partie, suivant la distinction faite plus haut. En tout cas, ils pourront agir par l'action *communi dividundo*, la seule des actions divisoires qui leur soit ouverte, puisque l'action *familiæ erciscundæ* ne s'exerce qu'une fois.

Il est aussi des circonstances où l'indivision se fonde, sans le secours de l'action en partage. Nous les avons examinées en temps et lieu. Si quelque rapport d'obligations reste à régler entre les cohéritiers, ceux-ci auront vraisemblablement l'action *familiæ erciscundæ*, au moins à titre utile.

CHAPITRE III.

SUITES ET EFFETS DU PARTAGE.

Il nous intéresse surtout d'indiquer les effets de la théorie dite du partage translatif. Nous réservons à cette théorie les quelques détails qui nous restent à donner.

Nous dirons cependant aussi deux mots, pour mémoire, de la rescision du partage et de la garantie.

I. *Rescision*. — Un partage, amiable ou judiciaire, est en principe irrévocable. Très exceptionnellement, il peut être attaqué pour *dol*, *lésion* ou *erreur*.

Le dol peut être le fait d'un copartageant. On accorde alors à la victime une action en restitution contre l'auteur du dol (l. 8, C., *De coll.*; l. 10, C., *De rescind. vendit.*). Si le dol émane du juge, on distingue : Le juge a-t-il été corrompu ? Le partage est nul de plein droit (l. 7, C., *Quando prov. non est necess.*). Si le juge n'a été que partial, le copartageant peut s'en prendre à celui-ci et le faire déclarer responsable (Gaius, IV, § 52).

Nous admettons que la lésion viciait aussi le partage.

Le droit romain ne paraît pas avoir de théorie générale sur la lésion en matière de contrats. Dès qu'il s'agit de la vente, il ressort d'une constitution de Dioclétien et de Maximien que ce vice est une cause de rescision (l. 2, l. 8, C., IV, 44). La solution qu'on y donne doit être considérée comme exceptionnelle, car elle est en contradiction formelle avec une règle d'après laquelle la liberté des conventions est absolue. On formule cette règle en ces termes : « *Naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.* »

Cette observation ne doit-elle pas nous convaincre que l'exception faite en faveur de la vente ne doit être étendue à aucun autre cas ?

Il est bien difficile de l'entendre ainsi. Sans chercher à faire de la rescision pour lésion une théorie générale pour tous les contrats, il suffit de s'attacher à la nature propre du partage pour arriver à notre conclusion. Outre que le partage se résout le plus souvent en une vente, alors même qu'on le considère en soi, il est facile de se convaincre que si la vente proprement dite autorise quelquefois la rescision pour lésion, *à fortiori* faut-il en dire autant du partage. En effet, dans la vente, les commentateurs conviennent que les équivalents peuvent quelquefois n'être pas absolument assurés ; il en est tout autrement dans le partage. A propos de celui-ci ils disent : « *Ut in omnibus æqualiter servetur* » (l. 4, C. III, 37) ; à propos de la vente : « *In pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.* »

Aussi bien pouvons-nous invoquer un texte très général rapporté au Code (l. 3, III, 38) : « *Majoribus etiam*

per fraudem vel dolum, vel perperam sine iudicio factis divisionibus solet subveniri quia in bonæ fidei iudiciis et quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabitur. »

En l'absence de texte, il paraît, d'ailleurs, assez difficile de déterminer quel devait être le taux de la lésion pour justifier l'action en rescision.

Si l'action *familiæ erciscundæ* est intentée par erreur contre une personne qui n'est pas un cohéritier, qu'arrive-t-il? Supposons intervenues des adjudications et des condamnations. Le véritable héritier peut-il revendiquer les biens adjugés à l'étranger et celui-ci répéter les sommes auxquelles il a été condamné? — En aucun cas, la revendication n'est accordée. La propriété a été bien transférée. Mais on donne quelquefois une action personnelle, la *condictio indebiti*. C'est ce qui arrive, s'il est intervenu un partage amiable (l. 36, *F. ercisc.*). Au contraire, dans le cas de partage judiciaire, la *condictio indebiti* n'est pas même accordée.

II. *Garantie.* — L'obligation de garantie est de la nature, sinon de l'essence du partage. Chaque héritier a droit à la jouissance paisible du lot qui lui a été attribué.

Aussi dans l'action *familiæ erciscundæ* qui nous intéresse surtout, la loi recommande-t-elle au juge de prendre garde à assurer le recours en garantie des copartageants. Il doit veiller à ce que chacun obtienne une promesse *de evictione* (l. 25, *F. ercisc.*, § 24). Dès que cette *cautio* est consentie, elle assure à chacun des intéressés une action *ex stipulatu* qui le gardera de toute éviction.

Si le juge néglige de faire consentir la *cautio de evictione*, les copartageants n'ont pas moins un recours possible. Ce recours leur est fourni par l'action *præscriptis verbis* (l. 14, C. III, 36). Cette conséquence peut paraître singulière, puisque les parties engagées n'ont pas contracté directement. Il faut admettre, dans l'espèce, que l'instance et l'adjudication du juge font naître des obligations, comme le ferait un contrat (V. Labbé, *Garantie, Partage*).

Au contraire, si nous supposons au lieu d'un partage judiciaire, un partage amiable, l'action *præscriptis verbis*, comme moyen de garantie, va de soi, et c'est elle en effet qui profite aux copartageants.

L'indemnité à laquelle donne droit cette action est calculée sur la valeur de la chose évincée au moment de l'éviction (l. 66, § 3, *De evict. et dupl. stip.*). Chaque cohéritier la supporte pour sa part héréditaire, même celui qui a subi l'éviction (l. 14, C., *F. ercisc.*).

Aussi bien si les copartageants, dans le partage amiable, avaient pris l'initiative d'une stipulation *de evictione*, c'est l'action *ex stipulatu* qui assurerait leur recours. On remarquera que cette action, contrairement à l'action *præscriptis verbis*, assure à l'évincé une indemnité fixe et connue d'avance.

La *cautio de evictione* fournie pas ses copartageants sur l'ordre du juge, ou d'après leur propre convention, n'était pas une *cautio duplæ*.

Les parties peuvent exclure la garantie par une clause expresse (l. 14, C., *Fam. ercisc.*). Dans l'hypothèse d'un partage fait à l'amiable, il n'y a même pas de recours possible contre l'adjudicataire qui a connu le danger de l'éviction (l. 7, C., *Comm. ut. jud.*). — Il est

probable qu'en l'absence de la *cautio de evictione*, le même sort était réservé à celui qui, dans un *judicium familiæ eriscundæ*, avait laissé mettre en son lot un objet au sujet duquel il connaissait un danger d'éviction.

III. *Caractère translatif*. — Mais au point de vue de notre droit, l'effet le plus important du partage à Rome est dans son caractère translatif de propriété.

Nous avons analysé plus haut l'opération juridique par laquelle le juge, grâce à l'*adjudicatio*, arrive à rendre chaque cohéritier propriétaire exclusif de la portion qui lui est faite.

Simple échange dès que l'opération se résout en attributions en nature qui se compensent les unes les autres, le partage se confond aussi quelquefois en une vente dès que les biens sont adjugés à un seul qui indemnise par un prix les autres successibles.

Dans un cas comme dans l'autre, l'adjudicataire puise à une double source les droits exclusifs qu'il a désormais sur le bien héréditaire. Il les tient pour une partie du défunt, pour une partie de ses cohéritiers. Le juge a fait céder à ces derniers leurs parts; c'est ce qui constitue l'échange ou la vente, les parts ajoutées à la part héréditaire propre de l'adjudicataire le font désormais propriétaire sans concurrent.

Si vous raisonnez sur un partage amiable, le résultat est le même, avec cette différence qu'il est toujours voulu, au lieu d'être ordonné par le juge.

Dès que l'on invoque cette formule du partage translatif, on fait allusion à l'opération que nous venons de décrire. Elle conduit à faire de chaque adjudicataire

sur l'objet adjugé l'ayant-cause de ses cohéritiers; car toutes les fois qu'il y a transport de propriété, c'est un principe que l'acquéreur reçoit le bien acquis grevé des droits et charges régulièrement consentis par son auteur et doit les respecter.

Le principe romain, les conséquences auxquelles il conduit, ont toujours paru conformes à la vérité juridique. Nous n'avons pas à dire ici si ce point de vue est exact. Il n'en est pas moins vrai que l'application de ce principe conduit à plus d'une difficulté et notre droit français ne le reconnaît pas.

A un point de vue général, l'existence de la rescision pour lésion en matière de partage, les règles sur la garantie à propos du même sujet, pourraient passer pour autant de conséquences du caractère translatif du partage en droit romain. L'observation en a été faite. Au moins en ce qui concerne la rescision elle n'est cependant pas très exacte. Quant à la garantie, il faut reconnaître qu'à Rome on l'expliquait par l'idée d'un transfert de propriété réciproque.

Mais il faut donner quelques conséquences directes du principe translatif. Elles ont pour nous un intérêt particulier en prévision de l'étude que nous devons faire du principe absolument contraire adopté en droit français.

La loi 31 *De usu et usufructu* au Digeste fournit l'exemple classique à propos duquel on a prétendu que le principe translatif, un instant contesté, a définitivement triomphé. Un fonds étant indivis entre Primus et Secundus, Primus lègue l'usufruit de sa part à sa femme, puis il meurt, et le fonds est partagé judiciairement entre ses héritiers et Secundus. Trébatius avait pro-

posé de dire : La veuve peut revendiquer l'usufruit de toute la part divise attribuée à l'héritier de Primus, mais elle ne saurait avoir aucune prétention sur la part de Secundus. Nous dirions en droit français : Ce résultat va de soi, parce que, grâce à l'effet du partage, Primus, l'auteur de la veuve, n'a jamais eu aucun droit sur la part de l'autre copartageant. Trébatius pensait-il ainsi? On ne saurait le dire à coup sûr. En tout cas, Labéon affirmait que l'opinion de Trébatius ne valait rien : « *hoc falsum puto*, » et elle n'avait pas tardé à être rejetée par tout le monde. La veuve, dans l'espèce, devait donc avoir un droit d'usufruit sur tout le fonds.

Au sujet de la capacité qu'il faut pour agir ou défendre *familiæ erciscundæ*, toutes les règles admises dérivent de l'idée que, le partage étant une aliénation, il faut être capable pour y figurer. Nous avons examiné ce point.

Les principes imposent en matière d'usucapion l'effet suivant : Un *de cujus* possédait un bien avec toutes les conditions requises pour l'usucapion. Il meurt, le bien est adjugé à un héritier. L'héritier continue-t-il l'usucapion commencée par le défunt? Oui, pour la part qu'il tient directement de celui-ci, non pour celle qu'il tient de ses cohéritiers. Ainsi, si le *de cujus* était *in causa usucapiendi*, l'héritier adjudicataire même de mauvaise foi, continue dans les mêmes conditions l'usucapion; il est dans la mesure de sa part le représentant de la personne du défunt; pour ce qui est de la part qu'il tient comme ayant-cause des autres copartageants, il a perdu le bénéfice de l'usucapion commencée. Notez à l'inverse, que si le *de cujus* possédait le bien de mauvaise foi, l'héritier, fût-il de bonne

foi, ne pouvait usucaper. C'est toujours le même principe.

Justinien créa au profit du légataire une hypothèque pour garantie de son legs, sur les choses héréditaires. Aux termes de sa constitution (Code 6, 43, 1), chaque héritier n'est tenu hypothécairement que dans la mesure de son obligation personnelle.... « *In quantum personalis actio adversus eum competit.* » On a fait sur ce point une remarque importante. La décision de Justinien doit être restreinte au cas où les légataires exercent l'action hypothécaire avant le partage de la succession. S'ils l'exercent après, ils peuvent l'invoquer pour la totalité du legs contre chacun des cohéritiers. Car, par l'effet du passage translatif, chaque héritier se trouve avoir dans son lot des portions de biens qui, ayant appartenu à des cohéritiers, avaient été affectés hypothécairement au paiement de legs pour la part de chacun d'eux. De sorte que chacun est tenu, comme tiers détenteur, de payer les portions de legs qu'il n'avait pas à payer comme tenu personnellement.

En matière de créances, nous avons, à temps, noté le partage légal dont elles sont l'objet. Que si le juge ou la convention porte atteinte à cette répartition, l'opération qui intervient est une cession, et le cohéritier qui poursuit le recouvrement d'une part de créance supérieure à la sienne, n'exerce pas son droit propre, mais le droit de ses copartageants; c'est pourquoi les textes disent qu'il agit *procuratorio nomine*. Au cas où le partage porte atteinte à la division légale des dettes, le résultat est le même. Les droits des tiers restent, en tout cas, absolument intacts.

Mais les résultats les plus importants du caractère

translatif sont relatifs à la constitution d'hypothèques ou autres droits réels pendant l'indivision. Primus a consenti une hypothèque sur la moitié indivise du fonds Cornélien : l'hypothèque continuera de grever le fonds entre les mains de Secundus adjudicataire de tout le fonds.... « *Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo : sed Jus pignoris creditori manebit etiamsi adjudicatus fuerit....* » (l. 6, § 8, *Comm. divid.*). — La même loi ajoute qu'en prévision des embarras devant résulter du gage existant sur la chose objet de l'adjudication, le juge doit donner une moins-value (*Comp.*, l. 3, § 2, *Qui pot.*).

De même, si le juge divise un fonds en deux régions déterminées dont il attribue l'une à Primus, l'autre à Secundus, l'hypothèque grèvera la moitié divise de chaque région ; le principe translatif apparaît ici dans tout ce qu'il a de plus absolu. C'est à peu près l'espèce où controversaient Trébatius et Labéon.

Ces conséquences pouvaient être fort logiques. Elles aboutissaient néanmoins à bien des difficultés pratiques. Le cohéritier évincé de son lot par suite des droits réels consentis par son cohéritier, agissait en garantie contre celui-ci ; c'était des recours sans fin, de graves atteintes à la stabilité de la propriété, et l'intérêt des copartageants gravement compromis. « *Si fratres vestri pro indiviso commune prædium, citra vestram voluntatem obligaverunt; et hoc ad vos secundum pactum divisionis, nulla pignoris facta mentione, pervenit : evictis partibus, quæ ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum consistit, ex stipulatu si intercessit : alioquin quanti interest, præscriptis verbis contra fratres*

agier potestis... » (l. 7, C., *Communia utriusq. jud.*).

Nous n'avons pas, en droit français, de ces causes de discorde et de procès. Nous tenons le cohéritier et le copartageant en général, comme recevant directement du défunt tous les droits dont il a été apportionné. Il ne saurait donc souffrir aucun préjudice du fait de ses cohéritiers sur la part mise en son lot. Il sait qu'il n'a pas de recours à exercer contre eux. Si un cohéritier consent des droits, c'est affaire entre lui et ses ayants-cause; mais ses cohéritiers n'en ont cure.

DROIT FRANÇAIS

THÉORIE
DU PARTAGE DÉCLARATIF

ORIGINES COUTUMIÈRES

APPLICATIONS PRATIQUES DANS NOTRE DROIT

DROIT FRANÇAIS.

THÉORIE DU PARTAGE DÉCLARATIF.

ORIGINES COUTUMIÈRES.

APPLICATIONS PRATIQUES DANS NOTRE DROIT.

En étudiant le partage judiciaire à Rome, nous avons dû relever le caractère juridique de cette opération. Il ne paraît pas que les jurisconsultes se soient jamais préoccupés de formuler leur théorie sur ce point. Malgré tout, leur pensée se dégage très clairement. Les procédés de division peuvent différer, comme les qualifications données à la forme extérieure de l'acte; au fond, sous quelque forme qu'il se présente, quelque dénomination qu'on lui prête, le partage est toujours une aliénation. Le cohéritier *loti* reste dans tous les cas l'ayant-cause direct de ses cohéritiers. Cette théorie est incontestée. Nous l'avons développée en temps et lieu et nous avons vu qu'on ne reculait pas à Rome devant toutes les conséquences pratiques auxquelles elle devait

naturellement conduire. Les modernes l'ont formulée par cette expression un peu barbare : « À Rome le partage est translatif de propriété. »

Tout autre est la théorie de notre droit français, que les commentateurs de l'article 883 expriment souvent en ces termes : « Le partage est déclaratif de propriété. » Sans vouloir pénétrer, quant à présent, le sens exact et complet de la formule nouvelle, nous devons en exprimer la substance. Elle implique qu'aucun rapport d'ayant-cause ne lie les copartageants entre eux et que les cohéritiers *lotis* tiennent tous leurs droits du défunt. Les conséquences pratiques se devinent. Elles peuvent s'exprimer d'un mot : chacun reçoit sa part absolument libre de toutes charges consenties, durant l'indivision, par un quelconque de ses cohéritiers.

A priori, et au seul point de vue pratique, la règle nouvelle paraît très claire; et le plus simple examen suffit pour apercevoir qu'elle est tout en faveur des copartageants : elle leur fait une situation très nette et les garantit contre toutes les suites fâcheuses des actes faits par les autres communistes.

Mais, il n'est pas non plus bien difficile de voir que la règle compromet ou au moins embarrasse singulièrement la situation des tiers.

Voyons un exemple élémentaire : si l'on suppose une hypothèque consentie durant l'indivision par un des communistes sur un objet commun, l'hypothèque tombe si l'objet engagé n'est pas mis au lot de ce dernier.

Ce résultat sauvegarde bien l'intérêt du copartageant; mais il lèse le tiers créancier.

Très nombreuses et souvent très compliquées sont les hypothèses pratiques pour la discussion desquelles

entre en jeu le principe de notre article 883. Il n'en est pas une où ne se rencontre la contradiction d'intérêts que nous venons de signaler.

Cette remarque a sa valeur, parce qu'elle explique comment il s'est établi deux interprétations contraires sur la question de savoir quelle est, dans notre droit, la portée d'application pratique de la règle dite du *partage déclaratif*.

En doctrine comme en jurisprudence, il se trouve des interprètes disposés à sacrifier les droits des tiers au profit des copartageants, et d'autres portés à faire céder l'intérêt de ces derniers. Le silence de la loi écrite, ses termes obscurs ou incomplets laissent aux prises les deux opinions sur un grand nombre de point

Théoriquement, les deux écoles établissent chacune leur doctrine sur une explication différente de l'article 883.

La disposition qu'il contient, disent les partisans des droits des tiers, est toute d'exception. Il faut donc la contenir dans de strictes limites. Les jurisconsultes romains, nos maîtres, avaient parfaitement analysé la nature du contrat d'indivision. La théorie d'après laquelle il faut toujours voir dans le partage un acte d'aliénation est sans conteste l'expression de la vérité juridique. Nous accordons que les rédacteurs du Code, suivant une tradition coutumière, ont renversé la règle romaine; mais ils ne l'ont fait, et la tradition ne s'était elle-même ainsi établie que pour la sauvegarde de certains intérêts absolument déterminés. Le terrain juridique leur manque si bien pour justifier leur solution, qu'ils sont obligés d'inventer une fiction légale. Les

termes même de l'article 883 en font foi, « chaque cohéritier est *censé*... »

N'en faut-il pas naturellement conclure que le principe moderne est l'expression d'une règle exceptionnelle, qu'il faut rejeter pour revenir aux vrais principes qui sont ceux des Romains, toutes les fois que l'absence ou l'ambiguïté du texte écrit le permet.

Au contraire, l'autre système adopte franchement la théorie du partage déclaratif. Il prend délibérément son parti de la contradiction qu'on lui reproche avec le droit romain. Que le principe moderne nous vienne du droit coutumier, qu'il soit né de certaines nécessités pratiques, et notamment de la préoccupation chez les juristes d'échapper à de certains droits seigneuriaux particulièrement vexatoires, c'est vrai; mais il n'en est pas moins certain que les plus savants jurisconsultes coutumiers ont justifié théoriquement leur doctrine comme les Romains avaient fait la leur. Ils ont fait à nouveau l'analyse du quasi-contrat d'indivision. Ils ont cherché à leur tour la vérité juridique. Il s'est trouvé que cette vérité leur est apparue autre que ne l'avaient conçue les Romains. D'après la nouvelle conception, les communistes ont sur l'indivision un droit indéterminé au tout qui se fixe par l'effet du partage sur la part qui lui est attribuée. C'est cette doctrine qui est celle de Pothier, que les rédacteurs du Code civil ont adoptée. Il suit qu'envisagé de cette façon, le principe du partage déclaratif ne peut ni ne doit être suspecté. Il faut lui donner toutes les conséquences auxquelles il peut raisonnablement conduire.

En somme, les partisans de cette dernière interprétation se sentent disposés à favoriser l'extension du prin-

cipe contenu dans l'article 883 ; les autres sont portés à le restreindre.

Nous avons à faire un choix entre ces deux tendances opposées. C'est là tout l'intérêt de notre dissertation. Une préférence quelconque ne saurait d'ailleurs se justifier qu'à la condition de bien connaître en elle-même la théorie du partage déclaratif. C'est à quoi nous nous appliquerons tout d'abord.

Les courtes observations que nous avons déjà présentées suffisent à prouver que nous devons accorder grande attention aux origines historiques de la règle. Aussi les avons-nous indiquées à notre titre comme devant faire l'objet de développements importants. Le législateur de l'an VIII a transporté tout d'une pièce, dans le Code civil, la théorie coutumière. La source la plus pure à laquelle on puisse rechercher la signification exacte du principe nouveau est donc le droit coutumier lui-même. J'en conclus que l'étude historique nous conduira tout naturellement à connaître la portée de ce principe. Dès à présent, nous pouvons indiquer nos préférences : il nous paraît que nos anciens auteurs se sont fait du droit d'indivision une autre idée que celle qu'on admettait à Rome. Partant, la formule nouvelle s'explique tout naturellement sans le secours d'aucune fiction légale.

D'après ce qui précède, l'ordre de notre sujet est tout naturel ; nous traiterons :

1° Les origines coutumières de la théorie ; comme conclusion de ce premier chapitre, il conviendra de préciser exactement le sens donné à la formule nouvelle à la fin du *xviii*^e siècle.

2° Les applications pratiques de la règle dans notre

droit; nous prendrons grand soin de relever les plus importantes décisions de jurisprudence sur les différents points contestés.

L'étude des origines historiques nous aura appris que la théorie nouvelle est née de la discussion de certains intérêts fiscaux. Nous aurons à voir les applications pratiques de la théorie dans le droit fiscal contemporain. Notre deuxième partie contiendra donc des développements d'ordre purement civil, et d'autres, beaucoup plus restreints, d'ordre fiscal.

Les unes et les autres questions seront du reste discutées au fur et à mesure qu'elles se présenteront. Aucun ordre de discussion ne s'impose. Abstraction faite des raisons de décider spéciales à chaque hypothèse, nous nous efforcerons de faire prédominer l'interprétation que donnait Pothier de la théorie du partage.

PREMIÈRE PARTIE.

ORIGINES COUTUMIÈRES DE LA THÉORIE DU PARTAGE DÉCLARATIF.

La théorie romaine du partage translatif a subsisté longtemps chez nous. Deux formules franques rapportées au recueil de Rozières sous les numéros 122 et 123 en font foi. La formule 123 est des plus explicites : *Auxiliante Domino nostro Jesu Christo, placuit atque convenit inter illo et germano suo, illo de allote, qui fuit genitore illo, ut inter se æqualentia dividere vel exæquare deberent, quod ita et fecerunt. Accepit ille de parte sua manso in pago illo, in loco qui dicitur illo, cum omne desuper posito, seo vineis, olicis, campis, totum et ad integrum rem inæquisita. OEcontra ad vicem accepit ille de parte sua, etc... et pars contra parte suo invicem tradiderunt et per eorum fistuca se exinde exitum fecerunt : ita ut ab hodiernum die unusquisque quod accepit teneat atque possideat, vel quicquid exinde*

facere voluerit liberam et firmissimam in omnibus habeat potestatem faciendi... »

Il vint une époque où les conséquences du principe romain parurent odieuses. Ce résultat se produisit le jour où la féodalité voulut combiner la doctrine romaine avec les règles particulières du régime féodal. Elle y trouvait intérêt, et cherchait à multiplier les causes de profits. Les résistances des intéressés amenèrent l'abandon du principe romain.

Avec la féodalité s'était établi un nouveau régime de propriété. Tout le territoire était entré à titres divers dans la hiérarchie féodale. C'était une maxime générale que celle-ci : « Nulle terre sans seigneur. »

Au point de vue spécial qui nous occupe, les règles qui dominaient la transmission des différentes tenures nous intéressent seules.

Les fiefs étaient la tenure féodale par excellence ; ils furent d'abord intransmissibles aussi bien à cause de mort qu'entre-vifs. Ils devinrent transmissibles, mais avec le consentement du suzerain ; consentement dont celui-ci se fit payer le prix. Là est l'origine traditionnelle des profits. Il paraît cependant y avoir une exception à faire pour la transmission des fiefs en ligne directe. Elle fut admise avant la théorie des profits.

Avec les idées romaines, on était bien obligé de voir dans le partage un transfert de propriété. Il en résulte que le partage fut un des actes à propos desquels on dut réclamer des profits. Mais la réaction naquit en même temps que les prétentions seigneuriales : les profits furent refusés tant pour le partage proprement dit que pour les actes assimilés à partage. C'est à propos de la justification de ce refus que fut lentement éla-

borée la doctrine qui devait aboutir au renversement complet de la règle romaine. Nous avons à marquer les principales étapes de cette évolution¹.

Nous distinguerons trois périodes : 1^o du x^e au xv^e siècle; 2^o du xv^e au xvii^e; 3^o du xvii^e à la Révolution. Cette division n'est peut-être pas absolument exacte historiquement. L'absence de loi écrite et la multiplicité des coutumes locales dans l'ancien droit ne permettent guère à l'interprète de fixer l'époque exacte à laquelle a triomphé définitivement telle ou telle théorie de droit. Cependant il nous paraît que, pendant la première période, les principes de la féodalité militaire ont surtout dominé; à tel point que les embarras que nous signalions plus haut ne se présentaient pas encore. Toutefois, à la fin de cette même période, la féodalité se transformait déjà; le droit romain revenait en faveur; on pouvait prévoir les difficultés. La deuxième période est celle de la lutte ouverte; une foule de solutions pratiques contraires aux prétentions des seigneurs sont données. À travers les justifications essayées, on voit poindre la théorie nouvelle du partage. — Au xvii^e siècle, cette théorie prend surtout faveur au Palais; elle est consacrée par une pratique désormais constante. Enfin elle est acceptée sans conteste par les plus savants jurisconsultes de l'ancien droit.

¹ Le sujet a déjà fourni la matière de très curieuses et très savantes dissertations auxquelles nous nous sommes plus d'une fois reporté. Citons les travaux de Championnière sur l'article 883 du Code civil (*Revue de législ.*, 1838, t. VII et t. VIII); la dissertation de M. Aubépin : *De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil* (*Revue de législ.*, 1861, t. XVIII); l'étude historique sur l'article 883 de Valabrière (*Revue prat. de droit français*, 1872).

PREMIÈRE PÉRIODE.

Au début, les lois de la féodalité militaire obéirent toutes à une même pensée : conserver l'intégrité du fief, assurer le service militaire, défendre les intérêts de la puissance seigneuriale contre les effets de l'hérédité ou les conséquences de l'aliénabilité. Cette tendance s'imposait ; les fiefs étaient peu nombreux et l'autorité politique était encore le plus précieux avantage qu'on pouvait retirer de la suzeraineté d'un fief.

L'hérédité, l'aliénation, la sous-inféodation portaient une grave atteinte au contrat féodal. Le suzerain était le maître à peu près absolu. Il mit obstacle à tout cela.

Le fief viager dura peu. Mais on défendit son démembrement par succession. Ainsi est-il dit aux assises de Jérusalem : « par l'usage ou l'assise fié ne seignorie » ne se part entre frères, ni autres parenz masles¹. » D'autres dispositions plus ou moins sévères assuraient le respect de la volonté des suzerains sur les autres points.

Toutefois ces principes absolus ne se maintinrent pas longtemps. Les vassaux ne tardèrent pas à engager la lutte. Les concessions de fiefs s'étaient multipliées à l'occasion des Croisades, et leurs prétentions se fortifiaient d'autant qu'ils étaient de jour en jour plus nombreux.

Les tenanciers poursuivaient la patrimonialité complète du fief. La lutte se prolongea avec des chances diverses qu'il est assez difficile de relever tant à cause

¹ Geoffroy de Tors, ch. 2; Jean d'Ibelin, ch. 175.

de la diversité des coutumes que de l'absence de documents précis.

Toutefois, au ^{xiv}^e siècle, on peut mesurer le terrain parcouru. La patrimonialité des fiefs est depuis longtemps partout reconnue. Mais on avait cherché à entraver le mieux qu'on avait pu, les conséquences de cette conquête.

Les suzerains avaient répondu par le principe de l'indivisibilité à toutes les prétentions nouvelles. Dès 1185, le partage héréditaire était si bien entré dans les mœurs, que le comte Geoffroy de Bretagne songeait à réprimer le mouvement : par une assise célèbre il décidait que baronnies et fiefs de chevalerie seraient désormais dévolus à l'aîné. Mais l'usage fut le plus fort, les puînés résistèrent ; les aînés ne voulurent ou ne purent maintenir leur droit.

Résistance des uns, impuissance des autres, refus persistant de la part des seigneurs à reconnaître pour représentant du fief autre personne que l'aîné, cet état de fait conduisit à la tenue en parage, sorte de compromis entre les prétentions des uns et les revendications des autres. Le suzerain y trouvait l'avantage de n'avoir qu'un seul vassal garant de tous les services ; les puînés y gagnaient la détention effective d'une partie du fief, à charge de services vis-à-vis de l'aîné. La part de l'aîné était le mirouër de fief, « tous les puînés dit La Thaumassière, se voient dans la portion de l'aîné qui est le fief dominant, comme dans un miroir ; ils le regardent comme un centre commun et leur garant envers le seigneur supérieur¹. »

¹ La Thaumassière, *Coutumes locales du Berry*, ch. 36.

Du reste, les puînés mettaient peu d'empressement à remplir leurs obligations vis-à-vis de l'aîné. Les droits seigneuriaux étaient négligés, même par celui-ci, qui ne recevait pas les compensations promises. Philippe-Auguste avait bien essayé de très bonne heure, en 1209, de relier directement la tenure des puînés au seigneur principal. Toutes les fois, avait-il dit, qu'un grand fief sera divisé entre plusieurs frères, chacun d'eux tiendra directement sa part du seigneur principal et lui acquittera directement les droits féodaux. Mais cette disposition n'avait pas été appliquée et la coutume du parage s'était affermie ¹.

Plus tard, cette coutume s'est modifiée sous l'influence d'aspirations nouvelles. Les services politiques disparaissent. La féodalité militaire fait place à la féodalité civile. La période nobiliaire s'ouvre. Aussi, à l'époque dont nous parlons, n'est-ce plus le parage, mais le droit d'aînesse qui est la loi héréditaire des fiefs. Ce droit assure à l'aîné une portion assez considérable pour maintenir sa puissance. Quant aux puînés, ils relèvent directement, pour la part qui leur est laissée, du seigneur suzerain ².

Championnière dit à ce sujet que « l'aîné profita, en cette occasion, d'un principe d'inégalité qui n'eut

¹ Baronnie, disent les *Établissements*, ne part mie entre frères se leur père ne leur a fait partie, mes li aîsnés doit fere auenant bienfet au puîné et li doit les filles marier.

² Cependant quelquefois, les puînés relèvent de l'aîné suivant l'ancien usage : « quand li fief, dit Beaumanoir, se part entre frères et sereurs en descheudant et li mainsnés emportent le tiers, douquel tiers, il font hommage à leur frere aîsné, il convient que li tiers que li mainsnés emporte devienigne arrière-fief dou seigneur.

pas son intérêt pour cause¹. » Il n'est pas absolument certain que cet intérêt n'ait pas contribué à la transformation du droit sur ce point. Le jour où les plus sérieux avantages de la suzeraineté consistèrent dans le recouvrement de beaux écus sonnants représentés par les profits utiles, le suzerain dut tenir fort peu au maintien de la vassalité sur une seule tête, résultat qu'assurait le parage. Au contraire, il importait beaucoup, dans l'intérêt nobiliaire, de conserver à l'aîné, à l'encontre des autres membres de la famille, une situation absolument prépondérante. Il est permis de penser que cette considération ne fut pas sans influence sur la transformation de la coutume.

Le droit d'aînesse devait se maintenir jusqu'à la Révolution dans les grands fiefs et dans les fiefs inférieurs, avec des quotités variables suivant les pays. — Les fiefs supérieurs sont toujours restés indivisibles.

Ainsi s'étaient fixées, après diverses péripéties, les règles qui régirent le partage héréditaire des fiefs.

À l'époque où nous nous plaçons, la prohibition d'aliéner le fief avait aussi disparu. Jean Faber cite comme une coutume déjà ancienne la faculté de disposer du fief : « *Feudæ regni Franciæ sunt hodie de consuetudine nostra patrimonialia, et vendi et donari possunt* »². »

La sous-inféodation ne fut jamais admise qu'avec de

¹ *Rev. de législ.*, 1838, VII, p. 419.

² Brodeau donne comme un usage déjà très ancien la liberté de la vente et aliénation de biens féodaux. Il cite un acte de notoriété du 14 janvier 1372 auquel furent ouys 7 avocats, 3 examinateurs et 6 procureurs rapporté en la décision 374 de Jean Des Mares : « Les choses féodaux cheent aussi bien en obligation et hypothèque comme ceux en censive et il n'y a point de différence quant à ce. »

certaines réserves. Mais sur ce point encore, on était loin, à la fin du ^{xiv}^e siècle, des principes rigoureux admis à l'origine.

Toutes ces conquêtes avaient incontestablement affermi le droit des tenanciers. C'est à partir du jour où elles furent assurées qu'on dit de lui qu'il a sur sa tenure un véritable domaine. La distinction du domaine utile et du domaine direct retenu date de cette époque.

Car les seigneurs supérieurs n'abandonnèrent pas toutes leurs prérogatives sans compensations. À la reprise brutale du fief la pratique substitua les droits de mutation. C'est à propos de la perception de ces droits que nous verrons apparaître les difficultés que devait créer la théorie romaine qui voyait dans le partage un acte d'aliénation.

Le lien qui unissait le suzerain au vassal était essentiellement personnel. On tirait de là une conséquence logique : le jour où le premier contractant venait à disparaître pour une cause ou pour une autre, tout était rompu, à moins qu'on ne formât un nouveau contrat. Au début, le suzerain était le maître absolu de la situation, et nous avons indiqué tout à l'heure qu'il pouvait, s'il lui plaisait, procéder à la reprise brutale du fief.

Dès que la patrimonialité du fief eut été reconnue, le droit du nouveau vassal ne fut plus contesté. Mais en échange il dut se faire ensaisiner et payer à cette occasion une indemnité pécuniaire qui fut comme le prix de l'agrément de son seigneur et la reconnaissance de son droit retenu. L'ensaisinement et le profit devinrent une mesure commune à toutes les mutations.

On donne dès l'origine au profit résultant de l'ensaisinement héréditaire le nom de *relief*. « L'on peut dire que par la mort du vassal le fief gist et chiest en terre par telle manière qu'il ne peut être possédé ne par le seigneur, ne par l'héritier, fors quand il est « *relevé* » par le seigneur direct » (*Grand Coutumier*, liv. II, ch. 21).

Le nouveau vassal rachetait donc au seigneur le relèvement du fief. Bouteiller dit encore sur ce sujet : « La première manière de payer le relief si est quand celui qui a tenu le fief va de vie à trespas, son aîné hoir est tenu de « *relever* » par devers son seigneur de qui le fief est tenu, après le trespas de celui qui est mort de tel « *relief* » et dedans tel jour que la coutume du pays et du lieu le donne.... »

Toutes autres mutations résultant d'une vente ou de contrats assimilés donnent naissance à de semblables profits. Ces profits furent très probablement à l'origine nommés eux-mêmes reliefs. Mais à la fin de la période que nous étudions, ils sont qualifiés « profits de quint. »

- Relief et profits de quint étaient strictement déterminés dès le ^{xiv}^e siècle. — Il est curieux d'examiner à quelles conséquences aurait conduit l'application stricte de la théorie des profits, surtout si l'on fait intervenir en cette matière la doctrine des Romains touchant le partage.

Le « relèvement » du fief, pour nous servir de l'expression du *Grand Coutumier*, entraîne toujours le droit de relief. La perception de ce profit est la conséquence directe et nécessaire du changement de vassal. Aussi bien la répartition du fief sur plusieurs têtes, telle qu'elle fut plus tard admise, ne change rien au principe.

D'autre part, si l'on considère en elle-même et à part l'opération du partage à laquelle il devait être procédé; si l'on y voit, d'après les principes romains, une aliénation, il est clair que de ce chef le seigneur a droit à la perception d'un nouveau profit, celui de quint.

La tenure en censive n'a jamais eu, au point de vue féodal pur, le même intérêt que la tenure en fief. Aussi avons-nous négligé d'en parler jusqu'ici. Toutefois, les règles qui en réglaient la transmission procédaient des mêmes idées que celles que nous avons rencontrées à propos des fiefs. Le droit des tenanciers avait rencontré les mêmes obstacles. Mais la patrimonialité des censives avait été reconnue de bonne heure; et le progrès, sur ce point, avait été consacré plus tôt encore qu'en matière de fiefs. Toutefois, ici même, les tenanciers avaient dû racheter leurs droits. Nous devons en conclure que le jeu des mêmes principes que nous signalions tout à l'heure aurait dû conduire en matière d'hérédité, d'abord à la pratique de l'ensaisinement¹, puis à la perception d'un droit de lods et ventes.

De sorte que la transmission héréditaire d'un fief comme d'une censive aurait toujours justifié la perception successive des deux profits que nous venons d'indiquer. La logique du droit conduisait à ces conséquences.

Voyons ce qu'il advint.

La création des profits peut être, à bon droit, consi-

¹ Y eut-il jamais, pour les censives, relief proprement dit? Peut-être non, et cette différence avec le fief peut s'expliquer par cette observation, qu'il n'y a pas de relation d'homme à homme dans la censive. §

dérée comme un des arguments les plus persuasifs qu'on ait dû soumettre aux seigneurs pour les amener à donner leur consentement à la patrimonialité des fiefs et des censives. Cet usage fut d'autant mieux accepté de ces derniers, qu'il constituait pour eux un avantage certain, au lieu que le maintien de leurs très anciennes prérogatives ne leur eût plus procuré que des satisfactions à peu près platoniques, depuis que l'autorité politique s'écartait de leur personne.

Cependant les tenanciers poursuivirent leurs avantages. Avoir obtenu du seigneur qu'il ne pût refuser son consentement à la transmission de la tenure, si on lui payait le profit, était une conquête sérieuse. Il s'agissait maintenant de prouver que ce consentement n'était pas nécessaire ; partant ils n'auraient plus à demander l'ensaisinement, ni par conséquent à payer le profit. Ces prétentions conduisirent à la théorie de la saisine héréditaire.

Le droit romain fut de quelque secours en cette occasion. Il enseignait l'identité juridique du défunt et de l'héritier. Les légistes saisirent avec empressement l'idée nouvelle : si le *de cujus* et son successeur ne forment qu'une seule personne, le seigneur n'a pas à saisir l'héritier ; d'où la formule qui fut bientôt consacrée par l'usage : « Le mort saisit le vif. »

L'ensaisinement par le suzerain devenait donc une formalité superflue, et le relief qui en était la suite devait aussi disparaître.

L'argument l'emporta de bonne heure sur le terrain des censives. On y tint pour absolument exact l'adage : « Ne prend saisine qui ne veut. »

Quant aux fiefs, la lutte se prolongea longtemps.

Pendant près de deux siècles, on disputa. La saisine héréditaire ne devait être formellement reconnue à Paris, par exemple, que lors de la première rédaction de la coutume.

Des coutumiers du ^{xiii}^e au ^{xv}^e siècle, les uns paraissent admettre la nouvelle pratique, les autres, non. Beaumanoir est des premiers : « Se aucuns ne li em-
» pesche saisine, il ne li est pas mestier qu'il en face
» demande, car il peut entrer en la saisine sans parler
» à seigneur; se che est fief, il doit aller à l'hommage
» du seigneur dedans les dix jours qu'il est entré en la
» sesine, » Et ailleurs : « un fief qui vient en descen-
» dant ne doit raschat au seigneur. »

Mais le livre de *Justice et de pled* repousse absolument cette doctrine : « Quand père et mère muert, li
» enfans relévent de la mort de leur père et mère, com-
» munément. » Le Grand Coutumier paraît distinguer entre la saisine de fait et la saisine de droit : « En cas
» de fief, la saisine n'ira jamais à l'héritier par la mort
» de son prédécesseur tant seulement, mais l'on peut
» bien dire que le droit lui compète par la mort, en
» telle matière que l'hommage fait, il se peut, de son
» autorité, ensaisiner sans danger. »

Quoi qu'il en soit de ces incertitudes, la saisine héréditaire est un principe admis généralement au ^{xv}^e siècle; c'était porter une grave atteinte au droit de relief. Ce droit continua cependant d'être perçu en ligne collatérale. Les collatéraux restèrent astreints à demander la saisine.

Reste le partage, que, d'après la logique du droit romain, on aurait dû soumettre au droit de quint. Au ^{xv}^e siècle, c'est-à-dire à la fin de la période à laquelle

nous assistons, le partage proprement dit ne paie pas de profits. C'est un point certain, et dès cette époque, on voyait les juristes, au milieu de la lutte soutenue contre les prétentions fiscales des seigneurs, dire : Tel acte, la licitation par exemple, ne doit pas payer le quint, il équivaut à partage. Or, il est incontesté que le partage est exempt de droits. Quant à cette exemption, on la justifiait par une véritable débauche d'arguments divers, à travers lesquels reparaissait toujours celui-ci : C'est un acte nécessaire, etc.

- Il est communément admis que le partage n'a, à aucune époque, payé le quint. Cette opinion veut être défendue, car elle a été attaquée notamment par Valabrègue dans la dissertation que nous avons citée au début de cette étude. Il prend texte de toutes les ingénieuses subtilités de nos anciens jurisconsultes touchant la justification de l'immunité accordée en fait de partage. « Nos légistes, dit-il, n'auraient pas eu recours à tant de finesse, s'ils n'avaient voulu affranchir d'un droit odieux le règlement entre cohéritiers. » L'auteur en conclut, qu'à une époque plus ou moins éloignée on a dû payer un profit pour le partage. Aussi bien il invoque un texte de Charondas sur Bouteiller : « Relever du seigneur, dit celui-ci, signifie que le nouveau vassal auquel le fief est advenu, soit par succession, *partage*, donation, ou autre espèce d'acquisition, est tenu de le relever du seigneur duquel il est tenu et mouvant : et à cette fin le reconnoistre pour seigneur, lui faire la foy et l'hommage et payer le droit de relief ou rachat..... »

M. Valabrègue argumente encore de l'indécision et de la divergence qui régnaient parmi les défenseurs de

l'aliénation nécessaire. Il prétend que s'il s'était agi seulement de constater un droit acquis, tous les commentateurs eussent apporté les mêmes arguments justificatifs.

Toutes ces raisons ne sont pas concluantes. Avant tout, prenons bien garde qu'à l'époque à laquelle auraient été payés ces droits de partage, la pratique coutumière était tout, et la théorie presque rien. Celle-ci n'apportait souvent son intervention que pour l'explication des coutumes admises; mais elle n'avait guère de part à leur fondation, elle eût été impuissante à les créer. Pour arriver à voir dans le partage une aliénation, et dans cette aliénation même une cause de profits, il faut quelque subtilité d'esprit et une certaine habitude des déductions juridiques. Il est permis de penser que les principaux intéressés n'en étaient pas à ce degré de clairvoyance. Dès qu'on substitua le profit à la faculté pour le suzerain de retirer la concession de fief, on était encore tout imbu des principes du droit féodal, le nouveau système n'était accepté que comme un pis-aller par le seigneur. Il ressentait cruellement la perte qu'il venait de faire, il ne voyait pas quelle source de bénéfices s'était ouverte pour lui. Il percevait le relief à chaque mutation, c'était tout. Non-seulement il ne songeait pas que l'opération de partage pût être analysée en une mutation nouvelle; mais encore il n'avait pas même la préoccupation de l'avantage qu'il aurait pu retirer d'une semblable remarque.

Et maintenant, dès qu'avec la saisine, le *relief*, pour cause de décès, eut été plus gravement atteint, les seigneurs se sont-ils retournés, disant : S'il n'est pas dû relief pour la mutation par décès, il est au moins dû

pour le partage? Il ne reste aucune trace historique de semblable prétention. Les juristes ont bien pu discuter en théorie le droit au profit qu'eût ouvert le partage envisagé selon le droit romain, mais nous ne croyons pas qu'on puisse montrer une décision ou arrêt sur une discussion de cet ordre. Il est entendu qu'à l'époque où le relief se payait en tous les cas de mutation par décès, les seigneurs ne s'étaient jamais imaginé d'attaquer le partage qui paraissait, du reste, la conséquence directe et la suite incontestée de la patrimonialité du fief.

Hérédité et partage étaient en quelque sorte choses confondues. Nous avons aussi bien sur ce point le témoignage formel du livre de *Justice et de pled* (liv. XII, ch. 15, § 2). » Suivant une expression que nous avons relevée au cours de notre maître, M. Lefèvre, c'était une pratique toute d'instinct, que celle qui avait consisté, dans le premier état, à négliger le partage comme source de profits.

Ceci nous amène à conclure que le jour où le relief pour décès en ligne directe eut disparu, on ne dut pas songer à un nouveau relief pour partage. Une pratique incontestée continua d'exempter cet acte de tout profit.

Charondas, nous dit-on, parle du partage comme d'une cause de relief. On pourrait répondre que Charondas, dès qu'il le dit, n'affirme pas un fait de son temps, il fait œuvre d'interprète; comme tel, il est sujet à caution. Bouteiller, son vieil praticien, comme il l'appelle, ne dit rien dont on puisse tirer que le partage ait jamais été, comme acte séparé, soumis à relief. Le passage de Charondas, — et le texte original de Bouteiller

admet, je crois, cette version, — peut très bien s'entendre en ce sens que le fief étant partagé après le décès du *de cujus*, chaque copartageant doit sa part de profit. Ceci concorde absolument avec ce que nous disions plus haut de cette pratique d'instinct qui tendait à confondre le partage et la transmission héréditaire.

Quant à la divergence des opinions admises par les juristes au sujet du partage et de l'immunité dont il jouit, il nous semble, contrairement à M. Valabrègue, que c'est au contraire dès qu'une décision est à prendre qu'on a le souci des arguments concordants et des attaques d'ensemble. Si les discussions des juristes ne présentent pas cette unanimité, n'est-ce pas que la bataille est gagnée depuis longtemps? Nous tenons pour certain qu'elle l'était en effet.

La finesse, les ingénieuses subtilités dont nos anciens jurisconsultes ont fait preuve, pour justifier l'exemption du profit dans le partage, se conçoivent et s'expliquent aisément, même en admettant la solution que nous venons de donner. Après tout, ces systèmes divers, ces théories savantes se produisent surtout à partir des ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles. Personne n'a cependant soutenu que le partage à cette époque ait payé le profit. Les jurisconsultes discutaient cependant. C'est qu'il s'agissait de soustraire aux droits seigneuriaux d'autres actes que le partage proprement dit. Une hérédité ne se divise pas toujours en nature par une attribution faite à chacun dans l'objet héréditaire d'une part proportionnelle à son droit. Le droit romain, que l'on commençait à connaître à fond, avait appris qu'il existe plusieurs procédés de partage : attributions inégales compensées par des soultes, licitation entre héritiers, licitation entre

héritiers et étrangers. Les seigneurs, auxquels une expérience déjà longue avait appris à juger tout l'intérêt que comportait pour eux le système des profits, n'étaient pas disposés à laisser échapper ceux que leur promettait la pratique de ces procédés de division qu'ils prétendaient, à bon droit, être de véritables aliénations. Pour une fois, le droit romain venait au secours des prétentions féodales. Les juristes se débattaient tant qu'ils pouvaient pour écarter ces droits qui leur paraissaient odieux. Tous ces actes, disaient-ils, sont de vrais partages; or, le partage ne doit pas de droits. Mais on sent bien que leur argumentation devait avoir d'autant plus de poids et de portée, qu'ils justifiaient plus sûrement et avec plus de raison l'exemption traditionnelle faite en faveur du partage. L'assimilation qu'ils prétendaient établir avait également plus de chances d'être acceptée s'ils donnaient une raison plausible de cette même exemption. Il est probable que si la pratique n'avait jamais rencontré sur son chemin d'autres actes que le partage en nature, la théorie du partage déclaratif n'aurait jamais vu le jour. Il s'est trouvé que l'exemption des droits seigneuriaux en matière de partage, et d'autres actes assimilables, ne se pouvait guère justifier avec les principes romains. Comme on était en présence de résultats pratiques assurés, contre lesquels on ne voulait à aucun prix revenir et qu'on désirait, au contraire, étendre, on a fini par changer la doctrine. Le changement ne devait être, du reste, définitivement consacré qu'au xvii^e siècle.

Cette observation nous conduit tout naturellement à l'examen, le seul qui nous reste à faire maintenant, des théories de droit par lesquelles on est successivement

passé, avant d'arriver au but que nous avons fixé tout à l'heure. Cet examen est surtout intéressant à faire pendant les 2^e et 3^e périodes que nous avons indiquées au début de ce chapitre.

Voyons sommairement l'état du droit au moment où se ferme la première.

Pratiquement, l'exemption des droits seigneuriaux n'était guère admise que pour le partage simple et la licitation simple.

Nous avons, pour la licitation, le témoignage de d'Argentré : « La bonté et la simplicité de nos prédécesseurs, dit-il, ne s'en était beaucoup éveillée, souffrant en bonne paix que chacun se dépêchât en cela par grâce et concorde à titre de partage, jusqu'à ce que aucuns par aventure, plus avisés de prud'homme ont voulu profiter parmi les affaires de leurs voisins, et ont commencé à tirer cela à titre et autre conséquence de vente. »

En théorie, l'autorité du droit romain n'était pas contestée. Tout le monde reconnaissait à l'acte le caractère d'aliénation. Il s'agissait d'établir pourquoi une aliénation que le droit féodal imposait d'un droit de quint, échappait à cette charge dès qu'elle s'appelait partage. Une doctrine dont Bartole avait été le plus ardent défenseur, disait : Sans doute le partage est une aliénation, mais c'est une aliénation nécessaire, c'est pourquoi elle déroge aux règles ordinaires.

La théorie des aliénations nécessaires avait du reste dans l'école Bartoliste plus d'une application, elle avait été établie sur l'interprétation des lois 10 et 12 au Digeste *De condict. furtiva*. Nous n'avons pas à la discuter (V. Aubépin, *Revue de législ.*, XVII, p. 555-557).

Il nous suffit de constater quelle fournit à cette époque le fond de tous les raisonnements par lesquels on explique l'exemption du profit¹.

Les critiques n'avaient pas manqué à la doctrine de Bartole. Elle avait été attaquée de bonne heure. Des juristes faisaient remarquer que le caractère de l'aliénation n'était nécessaire que vis-à-vis de celui contre lequel le partage était provoqué. En sorte que, même dans le cas le plus ordinaire, l'explication manquait son but (Pontanus sur Blois, art. 88).

L'adversaire le plus acharné de la théorie Bartoliste fut le président Fabre, fervent disciple des doctrines romaines : il la combattait surtout énergiquement pour la licitation, et il apostrophait ses adversaires, disant, qu'après tout, il suffisait d'invoquer la nécessité pour justifier les plus abominables doctrines : « *Quum semper necessitas faciat licitum quod alioquin esset illicitum.* »

DEUXIÈME PÉRIODE.

Cette période à laquelle il n'appartenait pas de dégager encore la théorie du partage déclaratif, est particulièrement intéressante à étudier.

L'époque brillante de la féodalité civile allait s'ouvrir avec le xvi^e siècle. On allait rédiger et réformer les coutumes. Désormais, chacun raisonnait ses droits et les appuyait d'arguments solides. Les seigneurs, de plus en

¹ Tiraqueau (*Retrait lignager*, § 32, nos 88 et 89) assimilait, sur la foi de Papinien, le partage à l'échange; l'échange échappant au relief, au moins dans l'opinion de quelques-uns, le partage se trouvait exempté.

plus attachés à leurs privilèges utiles, poursuivaient d'autant plus ardemment le paiement des profits que leurs prétentions paraissaient mieux établies en droit. Les tenanciers, en sens inverse, fidèles à la tradition historique comme à leur intérêt, poursuivaient l'extension des cas de franchise. Ces tendances rivales ne pouvaient manquer de se rencontrer sur le terrain des faits. Il appartenait aux juristes, adversaires nés de la féodalité, de prendre la défense des tenanciers. La cause était en bonnes mains. Coquille, d'Argentré, Dumoulin furent admis plus d'une fois à donner leurs conseils en des procès fameux dont nous aurons à citer quelques-uns. Leur arme principale resta toujours celle que leur avait léguée l'époque précédente : la théorie de l'aliénation nécessaire. L'esprit ingénieux de ces grands jurisconsultes tira de cette théorie, insuffisante en soi, presque tout ce qu'il fallut pour parer aux plus pressantes nécessités de leur époque. Il est juste de dire qu'ils reconnaissaient cependant l'insuffisance de la doctrine. Ils ne la comprenaient pas non plus absolument de la même manière. À travers les explications embarrassées des juristes du xvi^e siècle, particulièrement de Coquille et de Dumoulin, l'interprète peut voir poindre la théorie du partage déclaratif.

Aussi bien, dès cette époque, elle pouvait paraître nécessaire à ceux qui prétendaient déjà, dans un intérêt non plus fiscal, cette fois, mais purement civil, faire tomber une hypothèque consentie durant l'indivision par un cohéritier.

Nous donnerons la plus grande importance aux avis de Dumoulin. Au xvi^e siècle, ils ont eu une autorité incontestée. Ses commentaires nous éclairent, au sur-

plus, sur l'état du droit de son temps. Il prit grande part à la discussion de deux ou trois procès, dont la solution, comme les débats, permet d'établir le progrès des idées et des systèmes qui prévalurent. Nous suivrons donc avec lui la marche de la jurisprudence de son siècle, et le développement des théories par lesquelles elle se justifiait.

Dumoulin n'eut pas seul tout le mérite des progrès accomplis. Nous tâcherons de faire à chacun sa part.

Le problème à résoudre était celui-ci : Quelles sont les conventions participant du partage, conventions devant à ce titre être exemptes des profits? Il se posait pour les censives comme pour les fiefs.

La première Coutume de Paris était muette. Dumoulin, en un passage fameux du *Traité des fiefs*, pose la question. Il est remarquable que, du premier coup, il élargit le terrain du débat. Il se demande ce qu'il faut dire non-seulement de la division entre cohéritiers, mais aussi de la division entre communistes quelconques : « *Quid de divisione inter socios vel coheredes?* » Il fait un assez long exposé de trois opinions différentes.

Toutes les trois sont des variantes du système de l'aliénation nécessaire.

La première, celle de Bartole, refuse, sans phrases, tout profit au seigneur dès qu'il y a aliénation nécessaire : « *Quia est alienatio necessaria.* »

La deuxième distingue entre la division volontaire, comme celle qui intervient entre plusieurs associés, et celle qui est nécessaire, comme celle qui est provoquée entre des cohéritiers. L'une est soumise aux profits, l'autre ne l'est pas.

La troisième opinion distingue aussi : ou bien la division se fait en nature au *prorata* des droits de chacun, et alors il n'est pas dû le quint; ou bien la chose, au lieu d'être partagée comme ci-dessus, est attribuée à un seul qui récompense ses cohéritiers en argent ou autrement; en ce cas le profit est dû dans la mesure de l'excédant que reçoit l'adjudicataire au delà de sa part héréditaire. Pour justifier cette solution, on fait remarquer que dans la première hypothèse on est bien en présence d'un véritable partage, mais que dans la seconde on est en face d'un vente.

Dumoulin se prononce pour la première opinion : « *Dico primam partem veriolem.* » Il faut, dit-il, considérer avant tout l'intention des parties. Il rejette les deux autres systèmes : le deuxième, parce que l'obligation de partager n'est pas moins certaine entre associés qu'entre cohéritiers : « *Hæc non valet quia æque necessaria est divisio inter communes ex societate, sive sine societate :* » le troisième, parce qu'il le trouve incompatible avec le principe fort exact du reste qu'il pose, principe en vertu duquel, pour juger la nature d'un acte, il faut examiner l'intention des contractants. Que veulent-ils ici? partager, sortir d'indivision. Qu'importe qu'un seul reçoive en son lot tout le bien en nature? Ce résultat, qui n'est qu'un procédé particulier, n'est-il pas la conséquence de l'obligation nécessaire de partager? « *Licet in divisione res tota uni adjudicetur, tamen principalis intentio fuit dividere, et ipsa assignatio inceptit et dependet à causa necessaria divisionis* » (Dumoulin, *Fiefs*, § 33, Gl. 9).

Dumoulin devait plus tard donner à sa doctrine première sur le partage certains compléments. Telle

qu'elle ressort jusqu'à présent du passage que nous venons de commenter, elle implique que le jurisconsulte rapportait au principe de l'aliénation nécessaire toutes les raisons de décider quelles étaient les conventions exemptes de profit à titre de partage.

Notons que dans le langage du Dumoulin l'expression « aliénation nécessaire » a un sens particulier qu'il faut dégager. Les Romains disaient que l'obligation de partage incombe à tous les communistes, de façon que personne ne peut s'y soustraire. En ce sens, ne peut-on pas dire qu'un communiste aliène forcément son droit indivis dès qu'il procède au partage de l'indivision? Dumoulin s'inspirait exclusivement de cette théorie dès qu'il présentait le partage comme une aliénation nécessaire.

Au contraire, Guy Coquille et surtout les praticiens prêtaient un autre sens à la même expression. Dès qu'ils disaient que le partage et autres actes assimilés étaient des actes nécessaires, ils donnaient surtout à entendre que c'étaient des actes contre lesquels la volonté du seigneur suzerain était impuissante. Il y avait là comme une conséquence de la saisine. Nous reviendrons sur cette notion. Elle est plus originale et parente plus directe, ce me semble, de la théorie du partage déclaratif.

Dumoulin éclaircissait sa doctrine par quelques observations de détail. Sur l'opération du partage en général, il faisait remarquer que la forme apparente de l'acte importait peu. Pour peu que les parties aient eu en vue la cessation de l'indivision, quand elles auraient poursuivi leur but au moyen d'une vente, d'une cession, d'une renonciation, l'acte n'en devait pas moins

être affranchi du droit de quint. Aussi bien les opérations ci-dessus devaient être réputées partage, dès qu'elles ne formaient qu'un tout avec celui-ci considéré comme acte principal : « *Quando assignatio non sit perse, sed simul cum ipso principali contractu divisionis, sive eodem contractu ejusdem actûs incohati divisione.* » Dumoulin admettait cependant le profit dès qu'un communiste vendait ou échangeait son droit indivis, soit à tous les autres, soit à un seul, par acte séparé.

Au sujet du partage avec soulte, il fallait distinguer si la soulte se donnait en argent ou en biens immeubles. Au premier cas, la soulte fût-elle fournie en effets étrangers à l'indivision, l'exemption du profit était complète. Au second cas, il fallait sous distinguer : ou bien la soulte était fournie en biens communs, et il n'était rien dû ; on rentrait dans l'hypothèse d'assignation des parts inégales ; hypothèse dans laquelle Dumoulin refuse tout profit (voyez *suprà*) : « *Aut dicta res immobilis est de communione divisa, et pari ratione nulla jura debentur pro illa re, sicut nec pro re assignata.* » — Ou bien la soulte était fournie en biens étrangers à l'indivision, auquel cas il était du profit. L'intention des parties, le principe de l'aliénation nécessaire ne pouvaient rien contre ce résultat : « *Tunc ratione istius rei... debentur relevia domino directo quia respectu hujus rei non potest dici divisio sed permutatio, cum non sit de communione.* »

Admettre qu'on doit affranchir de tous droits l'assignation faite à un seul, de toute la chose héréditaire, conduit à décider que l'on doit affranchir de même la licitation. Dumoulin ne faisait nulle difficulté de reconnaître ce résultat ; mais il imposait à sa théorie une restriction dès que les étrangers étaient admis à suren-

chérir. En ce cas, la chose eût-elle été adjugée à un des communistes, le profit était dû. La présence à l'opération d'une personne étrangère donnait à l'acte un caractère intéressé; on devait y voir une vente véritable ayant une existence absolument propre : « *Omnia jura acquiruntur dominis directis sicut ex mera venditione, cum sit vera venditio per se principaliter subsistens.* » — Dès que les communistes seuls étaient admis à surenchérir, la licitation était affranchie de tous droits, comme accommodement gracieux destiné à permettre aux communistes de sortir d'indivision, procédé peu différent en somme, de celui qui consiste à attribuer à un seul tout l'objet héréditaire, sauf compensation : « *Homini licitatio et assignatio non est contractus per se æque principaliter subsistens et separatus a divisione sed executio et finis divisionis cæptæ.* » Les mêmes raisons par lesquelles on justifiait la franchise du partage avec soulte, servaient aussi pour la licitation. La théorie de l'aliénation nécessaire faisait tous les frais de la discussion.

Dumoulin ne tarda pas à trouver l'occasion de défendre sa doctrine. La question sur laquelle il fut appelé à se prononcer, était celle de savoir, dans une licitation faite avec admission d'étrangers, en quelle mesure il était vrai de dire que le communiste adjudicataire fût tenu de payer les profits.

Le procès qui s'éleva en 1536, et qui a souvent été cité, nous est raconté par Dumoulin lui-même : Trois cohéritiers *Bucquet* possédaient indivisément une maison tenue en censive du roi, « *sitam in censu regis.* » Agnès *Bucquet*, cohéritière pour un tiers, ayant poursuivi le partage, la maison, reconnue peu commode à diviser, avait été licitée, et les étrangers admis à surenchérir.

Agnès avait été déclarée adjudicataire. Les officiers royaux réclamèrent à celle-ci les lods et ventes, et ils entendirent les percevoir sur la valeur totale de la maison. L'acquéreur ne prétendait les payer qu'au prorata de la valeur des deux tiers ayant appartenu à ses frères : mais les officiers des finances soutenaient que la licitation avait le caractère de vente pour le tout.

Dumoulin fut appelé à donner son avis ; on regardait le procès comme très important : « *Quoniam hoc causa gravis, et exempli præjudicium in similibus sæpe occurrentibus trahere præfatis præfectis visa est.* » Il expose longuement les théories émises de part et d'autre en cette occasion (t. des censives, t. II, § 78, n. 170 à 180).

Le fisc disait : Dans l'espèce, la licitation présente le caractère d'une vente véritable, vente qui a porté sur la maison entière « *sonat in meram et puram venditionem totius domus et in certum totale prætium.* » L'acte d'adjudication a porté sur l'ensemble de la maison, sans aucune réserve : *executio decreti de tota re uniformiter, sine protestatione facta est.* Quant au prix, qu'Agnès en ait retenu une part, il importe peu. Le sort réservé à un prix de vente n'influe pas sur la nature de la vente. On justifiait ce dernier point par un texte du Digeste. — Ne dites pas que l'adjudicataire n'a pu se vendre à elle-même sa propre part. N'est-il pas vrai qu'en s'exposant, dans la licitation, à se voir enlever cette part par un étranger, elle s'en est séparée ? Son droit, elle le tient donc aujourd'hui d'un seul et même titre, commun à toutes les parties de sa propriété, du titre que lui donne l'adjudication prononcée en sa faveur. Bien mieux, en supposant des

surenchères successives, la propriété n'a-t-elle pas demeuré, ne serait-ce qu'un instant de raison, sur la tête de l'étranger enchérisseur, et cette observation n'est-elle pas la preuve directe que l'adjudicataire tient le tout d'un titre nouveau qui n'a rien de commun avec celui qu'elle avait puisé dans sa vocation héréditaire? : *ergo videtur totum habere novo jure, tanquam extranea persona.* »

Dumoulin soutint seul la cause de la défenderesse. Malgré sa haute autorité, le procès fut perdu, au moins devant les premiers juges. L'avocat fait remarquer malicieusement que l'intérêt du fisc ne fut peut-être pas étranger à la solution donnée : « *Illis ne forte alia interim lucra omitterent audire non libuit, causificantibus contra opinionones non esse argendum in judicando.* »

— Il rejetait avec humeur les arguties intéressées de ses adversaires et restituait à la vérité des faits toute son importance. Les lods, dit-il, ne sont dus en matière de censive qu'au cas de vente. Or, en fait, n'est-il pas évident, dans l'espèce, qu'il n'a été vendu que les deux tiers de la maison : c'est clair : « *patet!* » Agnès Bucquet n'a jamais vendu sa part, ni personne ne l'a achetée; elle l'a donc toujours conservée au même titre : « *cum ipsa nunquam vendiderit partem suam, nec ullus eam emerit, ergo illa pars remansit in statu antiquo.* » Les étrangers ont été admis à surenchérir, soit. La maison a couru la chance d'être achetée par eux, c'est encore vrai. Mais elle ne l'a pas été : « *fuit quidem venditionis exposita sed non vendita.* » En admettant même que les étrangers aient surenchéri, leur surenchère n'ayant pas eu de suite, ils n'ont jamais eu de droits. En somme, Agnès Bucquet ac-

quiert les droits de ses cohéritiers et garde les siens.
« *Consortium partes emit, non partem suam, quam jure suo veteri retinet.* »

Deux ans après, en appel devant le Parlement, l'avis de Dumoulin fut consacré.

D'après le témoignage de Brodeau (Brodeau, sur art. 80 *C. de Paris*, § 1), cette opinion n'était pas nouvelle; elle avait été soutenue par Tiraqueau (*Ret. lignag.*, § 1, Gl. 14, n° 17) et par Antonin Faber (*De error. laudimalibus*, décade 3, err. 3). Celui-ci disait formellement : « *Ex divisione per licitationem facta laudimia deberi, pro parte condivisionis tantum, sive necessaria fuerit, sive voluntaria.* »

Tel qu'il est, le plaidoyer de Dumoulin pour Agnès Bucquet, accuse chez son auteur certaines indécisions de doctrine. Si l'on rapproche la solution qu'il donne de la théorie du *Traité des fiefs* rapportée plus haut, il paraît bien que l'une et l'autre ne s'accordent guère. Si la présence des étrangers à la licitation enlevait à celle-ci le caractère d'acte nécessaire et devait la faire considérer comme une vente ordinaire soumise à profits, l'acte tout entier devait participer à ce caractère, et la distinction admise à propos du procès Bucquet ne se justifiait pas. Elle pouvait être équitable et juste en soi, elle n'était pas logique. Dumoulin lui-même l'avait condamnée au cours de ses premiers développements sur la licitation. « *Omnia jura dominis... acquiruntur,* » disait-il, à propos d'une licitation à laquelle on aurait admis des étrangers.

Une fois engagé, Dumoulin fit d'autres accroc's à son système primitif. Suivons-le sur le terrain des faits. Celui sur lequel il fut encore appelé à donner son avis

touche encore la perception d'un droit de lods et ventes. Il est raconté au *Traité des censives*.

Une maison tenue en censive était indivise entre le seigneur censier et Titius. Comme elle était difficile à partager, elle fut licitée avec admission d'étrangers. Titius s'en rendit adjudicataire. On se demanda ce qu'il fallait décider du profit. La question était originale, le seigneur censier ayant été justement copropriétaire par indivis.

On disait : Titius doit le profit intégral. Il doit être considéré comme un adjudicataire étranger. Cette circonstance, que le seigneur censier était propriétaire de la moitié, ne doit pas empêcher ce résultat ; parce que Titius est censé tenir son droit non du seigneur, mais du juge qui a présidé à la licitation.

D'autres plus équitables, dit Dumoulin, soutenaient que le profit était dû pour la moitié seulement. En effet, l'acheteur n'était obligé à payer que la moitié du prix ; lui faire payer tout le profit serait donc une exaction inqualifiable : « *Indebita esset exactio et aperte damnificaretur.* » Quant à prétendre qu'il y avait licitation *animo divisionis*, on en convenait dans cette opinion ; mais comme les étrangers avaient été admis à la licitation, il se trouvait que Titius possédait *ex nova emptione*. » Il devait donc les lods, mais il ne les devait que pour la moitié. Pour rendre une décision conforme à celle qu'il avait prise dans le procès Agnès Bucquet, Dumoulin, ce semble, aurait dû adopter ce système. Il n'en fit rien.

Consulté, dit-il, j'ai répondu qu'il n'était rien dû. Il est incontestable que Titius tient ses droits d'une double source : *a se*, c'est-à-dire de son droit à l'indivision

antérieur à la licitation ; *a domino directo*, c'est-à-dire de son copropriétaire.

Dumoulin indique les conséquences de ce fait au point de vue des lods : quant à la part qu'il tient *a se*, il n'y a pas de mutation : *a se, retinet* ; quant à l'autre, qu'il tient du seigneur censier, celui-ci remplit, dans l'espèce, le rôle d'un vendeur, et un seigneur censier ne perçoit pas évidemment de lods sur une vente dans laquelle il est partie. « *De parte vero quam habet a domino directo ipsemet dominus censetur venditor : transit enim res ab illo in titium et sic pro hac vice nulla jura oriuntur.* » — Quant à l'objection que l'on pourrait tirer de la présence des étrangers à la licitation, elle n'a pas de valeur ; comme ils ne sont pas devenus acquéreurs, leur intervention ne laisse pas de traces, et, en fin de compte, il ne reste en présence que les deux communistes, Titius et le seigneur censier. « *Non obstat quod extraneus licitator fuit admissus : quia victus fuit et repulsus ex quo res remansit socio, et si idem est ac si solum inter socios fuisset licitata ex quo extraneus non fuit admissus in effectum, et sic sumus in terminis assignationis ex divisione.* »

Dumoulin insiste beaucoup sur tous ces points et termine en affirmant que sa solution est indiscutable. Il faut avouer qu'elle peut encore se concilier jusqu'à présent avec celle du procès Bucquet. Si le profit n'est pas admis même pour partie, c'est que dans l'espèce, celui dont la mutation procède est justement le seigneur censier.

Mais Dumoulin ne s'arrête pas là ; il généralise la décision qu'il vient de donner, et alors apparaît une doctrine plus large. Il ajoute : *Plus dico, si res communis*

erat tribus quorum unus erat dominus directus... , nulla jura debentur nec pro tertia parte quidem quam ille (l'adjudicataire) *capit a socio qui non est dominus directus.* » Il modifie donc l'espèce ci-dessus, en introduisant un troisième communiste. Titius adjudicataire n'en doit pas moins être exempté des lods, même pour la part qu'il tient de ce troisième communiste. De même, que l'on mette à la place du seigneur censier un communiste simple, la solution ne changera pas. En somme, Dumoulin arrive à ce point de déclarer que l'adjudication faite à un communiste sur une licitation à laquelle les étrangers sont admis, est absolument affranchie des profits, non plus seulement dans la mesure de la part du communiste adjudicataire, mais pour le tout. Il reste bien entendu que l'étranger acquéreur doit tous les lods.

Ainsi Dumoulin avait fait un grand pas en avant. Comment justifiait-il sa nouvelle doctrine? La raison de décider, dit-il, dans le passage que nous venons de commenter, est que l'opération à laquelle je fais allusion est pour le tout au regard du communiste adjudicataire une simple attribution de part. « *Totum est divisio.* » Il n'ajoute aucun autre commentaire. Remarquons que ce système peut très bien se justifier, même avec la théorie de l'aliénation nécessaire, et d'Argentré, comme nous le verrons plus loin, le prouve surabondamment.

Dans l'esprit de Dumoulin, il y avait aussi la préoccupation de conformer sa doctrine à une conception nouvelle du droit d'indivision et du contrat de partage, conception qu'il avait essayée dès son *Traité des fiefs*. Il faut penser que la théorie de l'aliénation même

nécessaire lui avait paru se concilier difficilement avec l'exemption des profits, et il avait cherché à dégager la nature propre du contrat de partage différente de celle de la vente ou de l'échange ; il avait dit : « *Divisio est contractus mixtus, participans de distractu et contractu, et de permutatione et de venditione, et tamen habet propriam et distinctam naturam.* » Ailleurs, à propos d'une difficulté sur la coutume de Vexin le Français, il en était arrivé à dénier presque au partage le caractère d'aliénation : « *Certe acquisitio et unitatio quæ fit in divisione, in effectu non est nova acquisitio nec nova mutatio, sed necessaria distributio in partes divisas portionum pro indiviso acquisitarum.* »

- Et maintenant, au *Traité des censives*, où nous trouvons la décision rapportée ci-dessus, Dumoulin, donnant à cette idée une forme de plus en plus accentuée, tendait à l'abandon plus ou moins complet du système romain. Le passage à citer est curieux ; il reflète à merveille les hésitations du jurisconsulte français et ses incertitudes : « *Divisio proprie non est alienatio nec nova acquisitio, sed portionum distributio et semper censetur res haberi jure successivo primitivo cujus virtute facta est divisio, quæ non est nisi illius juris et primariæ acquisitionis executio, hinc dicitur necessaria alienatio, ut dixi supra..... Non tamen vis est in hac qualitate, necessaria alienatio : quia in quantumvis necessaria locum habent hæc jura si est novus acquiritor, sed vis est in hoc quod per divisionem sequentem non censetur fieri nova acquisitio respectu domini directi et horum jurium a priori acquisitione, per successionem et hereditatis aditionem : sed censetur executio et distributio partium secundum naturam prioris acquisitionis et*

secundum causam illi ab initio implicitam; quo fit ut res videatur in eodem statu maneri (Dumoulin, *Censives*, § 73, Gl. III, n° 11).

Dumoulin tenait donc ici pour vrai que le copartageant n'acquerrait rien des autres communistes, et que la part mise en son lot était l'exacte ~~représentation~~ de son droit à l'indivision. Partant de ce principe, et si la licitation n'est elle-même qu'un procédé de partage, il est clair que le système d'après lequel un communiste adjudicataire sur licitation est exempté de tous les droits seigneuriaux, est absolument logique.

Faut-il aller jusqu'à dire que Dumoulin, persistant dans l'idée que nous venons de lui voir exprimer, connu et formula de façon précise la théorie du partage déclaratif? Dans ses annotations sur les Coutumes de France, il est revenu sur ce sujet à propos de l'article 36 de la Coutume de Lille : « Quand par partage entre enfants cohéritiers sont assignés aucunes » maisons ou héritages réputés pour meubles, les dits » enfants en sont réputés saisis...; *quando quidem* ils » étaient *ja saisis a die mortis*.... et par le partage » ils sont saisis des parts de leurs compartissans et » cédans qui cèdent propriété et possession. » Si par le partage les compartissans cèdent propriété et possession, nous restons en présence d'une aliénation et c'est le système romain. M. Aubépin paraît croire que Dumoulin avait formulé la théorie du partage déclaratif, et il invoque le passage que nous venons de citer. Mais il le tronque. Il le présente comme s'il avait été écrit : « Les copartageants sont pour la part dont ils ont été lotis » *Ja saisis a die mortis*. » On peut voir, par la trans-

cription intégrale que nous en avons donnée, qu'il ne se doit pas entendre de cette façon.

Quant aux développements plus étendus du *Traité des censives*, ils ne sont pas non plus explicites. Nous ferons seulement à leur sujet une double observation : Dumoulin mêle à son nouveau système celui de l'aliénation nécessaire : « *Hinc dicitur necessaria alienatio*, » il reste donc encore sous l'empire des anciens errements. Puis, et ceci est plus important, sa doctrine a toute l'apparence d'une doctrine de circonstance. Ce caractère d'acte déclaratif de droits jusqu'alors indéterminés, il l'accorde au partage, non pas d'une façon générale, mais vis-à-vis de certaines hypothèses particulières, et pour la satisfaction, il faut bien le dire, d'intérêts tout spéciaux : « *Respectu domini directi*. » Dans la bouche de Dumoulin, le caractère déclaratif du partage, s'il existe, n'existe à coup sûr qu'autant qu'il sert à protéger les tenanciers contre les exactions financières de leurs seigneurs.

- D'assez bonne heure, et sous l'influence des idées qui refusaient de voir une aliénation dans le partage, on en était venu à prétendre, dans le domaine civil, qu'un cohéritier loti ne devait tenir aucun compte des droits consentis pendant l'indivision sur son lot, par un quelconque des autres communistes. La question était trop importante pour que Dumoulin ne fût pas consulté. Nous avons indiqué d'avance la solution qu'il proposa.

Malgré la fièvre qui le torturait, il donna des conclusions formelles en faveur des créanciers. Voici quel était précisément le procès : Quatre héritiers possédaient, entre autres biens héréditaires, un fief. De par

le droit d'aînesse, l'aîné ayant droit à la moitié, chacun des autres pouvait prétendre à un sixième. Bien que tout le fief fût ouvert, le seigneur avait opéré durant l'indivision, la saisie d'un sixième, du chef d'un des puînés, *pro indiviso*. Il advint par le partage que le fief tomba tout entier à l'aîné. Celui-ci prétendit que la saisie devait être résolue. Dumoulin sentait bien que la question avait une importance capitale : « *ad multa alia protenditur.* » Mais il se hâtait d'ajouter qu'elle lui paraissait très claire et méritait à peine l'honneur d'une discussion. Je l'aurais écartée, dit-il, si je n'avais trouvé devant moi des docteurs experts en l'art de douter de tout.... « *expertos dubitare.* » Il indiquait donc, presque à contre-cœur, les arguments de ceux-ci : « La saisie leur paraissait soumise à l'événement du partage, *subjecta huic casui et eventui divisionis et adjudicationis. Judicium divisionis intentatum post prehensionem facit eam esse in suspenso et pendere a futuro eventu divisionis....* » De telle sorte que la partie saisie, dans l'espèce, étant tombée, non au lot du puîné débiteur, mais au lot de l'aîné, se trouve n'avoir jamais été grevée. Et les adversaires de Dumoulin indiquaient encore mieux la portée de leur doctrine, disant que, si la partie saisie fût tombée au lot du puîné intéressé, la saisie eût valu rétroactivement, non du jour du partage, mais du jour de la saisie.

Les mêmes docteurs, bons logiciens, faisaient intervenir leur théorie en matière d'hypothèque.

Dumoulin remarquait à ce propos combien facilement un principe faux, une fois admis, s'étend et se propage : « *Ut error semel admixtus late serpit.* » Au nom des principes romains, il invoquait, lui, le droit de

tout cohéritier de consentir une hypothèque sur une indivision, et la liberté pour un créancier de saisir une part indivise du chef d'un communiste avant tout partage. Hypothèque et saisie, n'étaient-ce pas des droits *in rem*? Était-il contestable qu'il fût absolument défendu à un débiteur d'altérer ou de supprimer le droit hypothécaire de son créancier, même sous prétexte de partage : « *Jus nec alterabile nec auferibile.... etiam prætextu divisionis.* » Dumoulin appelait à son secours tout l'arsenal des lois romaines. Le procès à l'occasion duquel eut lieu la discussion que nous venons de rapporter, est de 1538. Il est permis de penser que le système soutenu par notre jurisconsulte était celui qui, jusque-là, avait réuni le plus de sympathies. Il fut cependant repoussé. Celui qui l'avait défendu lui resta toujours fidèle.

S'il fallait résumer en deux mots la doctrine de Dumoulin sur le partage, il faudrait dire qu'il est parti avec la plupart de ses contemporains de la théorie partout reconnue de l'aliénation nécessaire; plus tard et peut-être sous l'influence de la décision donnée sur le dernier procès que nous venons de citer, il admit une sorte de système mixte, alliant à l'idée de l'aliénation nécessaire celle du partage déterminatif de droits. Cette dernière idée paraît bien avoir été chez lui inspirée par des motifs d'utilité, puisqu'il refusait de l'appliquer au droit civil pur, où il l'avait puisée, et la réservait à la solution des questions fiscales.

Parmi les contemporains de Dumoulin, d'Argentré fut de tous celui qui resta le plus fidèle aux théories romaines dont il affirme l'excellence. Le partage contient toujours ou vente ou échange; c'est chose entendue

et incontestable ; mais il faut tenir pour non moins certain que des copartageants en se divisant la chose commune subissent une nécessité. Qu'ils aliènent, soit ; mais ils ne le font pas pour le plaisir d'aliéner. Il faut donc décider au point de vue des lods que le partage doit être affranchi. Ce système est celui de l'aliénation nécessaire. Joint à cette idée que le caractère de nécessité tient à l'intention chez les parties de faire un accommodement de famille. Il prend quelque originalité chez d'Argentré : il suffit à celui-ci pour justifier toutes les exemptions de profit admises par ses contemporains en matière de soultes et de licitation, et lui permet d'exagérer même les solutions les plus hardies soutenues autour de lui.

Partage inégal avec soultes provenant d'un objet commun ou provenant d'un objet propre à l'un des communistes, assignation à un seul d'un objet héréditaire, sont des actes qui échappent au profit. La raison en est que les communistes n'ont pas eu la volonté d'aliéner, mais de sortir d'indivision : « *id tantum agunt ut dividant.* » Dumoulin avait hésité dès que la soulte était fournie d'immeubles propres ; d'Argentré, lui, est formel : « *Etiam si de proprio compensatio fiat, non de corporibus hereditariis, quia non id agitur ut vendatur aut permutetur, sed potius ut divisio fiat, quæ quidem necessariam præexistentiam causæ sic contrahendi habet, cum quilibet de consortibus alium, cogere possit ad divisionem..... non est igitur venditio cui voluntas et intentio partium non congruit, sed divisio, eaque causata a necessitate.* »

Dumoulin avait distingué, dès qu'il s'agissait de légitimer la franchise de la licitation, selon que le partage

était facile ou non ; il admettait le profit dès qu'il se trouvait en face d'une vente ou donation de droits indivis faite par acte séparé soit à l'un des communistes, soit à tous. D'Argentré trouvait contradictoires ces distinctions et il gourmandait Dumoulin de les avoir faites. N'est-il pas vrai, disait-il, que le but poursuivi est le même dans tous les cas : « *Id agunt ut dividant.* » La forme de l'acte n'affecte en rien le caractère nécessaire de sa cause : « *Quod sic nos accipi volumus, ut tota ratio sententiæ nostræ resideat in ea causa necessitatis, cui semper innitimur.* »

D'Argentré terminait l'exposé de sa doctrine en faisant remarquer qu'il fallait affranchir du profit le communiste adjudicataire sur licitation, même au cas où des étrangers avaient été admis à surenchérir. Du reste il ne faisait nulle difficulté de reconnaître qu'un adjudicataire étranger devait les lods, l'acquisition n'ayant pas pour celui-ci une cause nécessaire (Voyez, sur tous ces points, d'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 73, n. 4, § 3).

Guy Coquille, autre contemporain de Dumoulin, commentant l'article 24 de la Coutume du Nivernais, donnait aussi son opinion sur le caractère du partage et de la licitation. Les décisions pratiques auxquelles il arrivait n'avaient en elles-mêmes rien d'original. C'étaient celles de tout le monde. Il développait la formule de son temps, celle de l'aliénation nécessaire ; mais elle avait chez lui un sens tout particulier que nous ne retrouvons ni chez d'Argentré, ni même chez Dumoulin. Coquille demandait au droit féodal l'explication des franchises en matière de partage. Il rappelait les règles admises dans les mutations de fief. « Le quint denier ou autre profit se paye au seigneur direct, afin qu'il

approuve le nouvel homme qui se subroge au lieu de l'ancien. » En partage et actes assimilés, il n'est rien dû, car « en tel cas il n'y a mutation d'homme. » Cette explication avait un grand mérite. Elle était puisée à la source même du sujet sur lequel on disputait. C'était à des droits féodaux qu'on s'attaquait; c'était au droit féodal qu'on demandait des armes. Coquille appliquait simplement les règles de la saisine héréditaire. Puisque les héritiers étaient saisis sans passer par l'investiture de leur seigneur, le partage était nécessaire, non plus en ce qu'il était la suite obligée de l'indivision, mais en ce sens que le seigneur direct n'avait aucun moyen de s'y opposer. Partant de cette idée, une déduction un peu hardie eût pu conduire, ce semble, à la théorie du partage déclaratif. Le copartageant eût paru propriétaire de sa part divise non pas en vertu du partage, mais en vertu de la saisine qu'il avait reçue de la loi. Cette idée transportée dans le domaine civil eût pu produire cette conséquence de faire considérer les droits consentis pendant l'indivision comme soumis à l'événement du partage, celui-ci n'ayant d'autre effet que de déterminer rétroactivement la mesure de la saisine pour chaque cohéritier. Les praticiens qui gagnèrent contre Dumoulin le procès de 1538 durent s'inspirer de ce raisonnement.

Toutefois, il ne faut rien exagérer : Coquille avec sa théorie toute féodale ne pouvait aboutir à la théorie du partage déclaratif telle que nous l'entendons aujourd'hui.

Il lui importait surtout, comme à ses contemporains, d'échapper aux droits féodaux et il ne se préoccupait guère d'établir une doctrine plus générale.

Aussi bien la base sur laquelle il eût pu l'appuyer, celle que nous venons d'indiquer ci-dessus, manquait d'étendue. Nous entendons aujourd'hui le partage déclaratif comme une théorie qui s'applique à tous communistes. En partant de la saisine, on ne pouvait l'admettre qu'entre cohéritiers, et encore entre cohéritiers d'une certaine classe, la saisine ne s'appliquant pas à tous les ordres de successibles.

Dumoulin, Guy Coquille, d'Argentré nous ont fait connaître les théories admises au xvi^e siècle. À l'époque où ils parurent, cette question de la franchise du partage sous toutes ses formes préoccupait tous les esprits. Ils eurent le bonheur de la résoudre et d'assurer les privilèges des tenanciers contre tout retour offensif de la part des seigneurs. Cette victoire à peu près complète, il ne resta discutés que des points de détail peu importants. Cette victoire avait été inscrite lors de la réformation dans presque toutes les coutumes. Nous ne citerons que l'article 80 de la Coutume de Paris : « Si l'héritage ne se peut partir entre cohéritiers, et se licite par justice, sans fraude, ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux : mais s'il est adjugé à un étranger, l'acquéreur doit ventes. »

La Coutume d'Orléans contenait une disposition analogue ; la franchise y était même mieux assurée par la précaution qu'on avait prise de lever certains doutes auxquels aurait pu prêter appui l'insuffisance de rédaction de l'article 80 précité. — On consacrait la doctrine soutenue par Dumoulin dans le procès Titius, et par là même toutes les autres solutions dont celle-ci était le dernier terme. Nous n'y reviendrons pas. Quelques années après la réformation, Loysel consignait le pro-

grès accompli en une formule absolument explicite. « De partage licitation et adjudication entre cohéritiers ou comparçonniers, ne sont dûs lods ne ventes » (Loysel, *Inst. cout.*, livre IV, tit II, § XIII). — (Voy. aussi Ricard, *Cout. d'Amiens*, art. 29.)

Nous avons dit les tentatives de Dumoulin pour trouver une nouvelle cause de l'affranchissement des partages. Il ne fit qu'ébaucher une idée, et, en définitive, ne se débarrassa jamais de celle d'aliénation nécessaire. Même sur ce terrain, l'argument n'était pas sans réplique. « Si la nécessité de la vente est une cause suffisante pour affranchir l'acquéreur des droits seigneuriaux, pourquoi n'est-on pas allé jusqu'à dire qu'il en était exempt dans les adjudications par décret? » (Merlin, *Licitation*, § 14, n. 6.) — « Les anciens docteurs disent que, dans le cas de cet article, il n'est point dû de lods et ventes, parce que l'aliénation est nécessaire. Mais si l'aliénation est nécessaire, l'enchère est certainement volontaire, et par conséquent, les seigneurs auraient droit de prétendre des lods et ventes pour ces aliénations » (Laurière, art. 80, *C. Paris*).

Si ces deux critiques dont nous retrouvons l'écho dans Laurière et Merlin, furent présentées au xvi^e siècle, elles ne furent certainement pas admises.

Il est au moins incontestable que l'idée d'aliénation nécessaire était absolument insuffisante à justifier l'arrêt de 1538 sur la résolution d'une saisie faite au cours de l'indivision. La coutume n'eut aucun article pour régler cette difficulté d'ordre purement civil cette fois. On ne formulait, du reste, que les décisions bien arrêtées en pratique, et celle de notre arrêt était encore trop controversée. C'était la négation formelle des prin-

cipes romains auxquels on était resté fidèle jusque-là. Les praticiens, eux, prenaient franchement leur parti de cette divergence et développaient sans restriction la théorie du partage déterminatif de droits. — Ils furent assez heureux pour voir ce nouveau système plusieurs fois admis par les tribunaux, et quelques années après la réformation, Mornac enseignait que le système romain n'était plus admis en France : « *Quum tamen legem abrogatam esse haud temere dixerim, quum senatus Parisiensis pronuntiaverit pignus concessum esse in ea sola parte quæ per divisionem, heredi obtigit qui rem communem hypothecæ dederat* » ¹(Mornac, *ad leg.*, 7 Dig. *Quibus causis pign. vel hypoth. solv.*).

C'est cette doctrine qui n'est autre que la doctrine du partage déclaratif que nous allons voir réagir dans le courant des xvii^e et xviii^e siècle sur toutes les parties du droit, jusqu'à ce qu'elle soit admise partout sans conteste, et définitivement formulée par Pothier, son plus éloquent interprète.

TROISIÈME PÉRIODE.

Les revendications⁴ fiscales des seigneurs étaient tenaces : ils le firent bien voir. Mais ils avaient à compter avec une jurisprudence très décidée. Non-seulement elle ne laissa pas porter atteinte au fondement de la doctrine inscrite dans l'article 80 de la Coutume de Paris, mais encore elle étendit la portée d'application de cet article, et ne souffrit pas qu'une interprétation étroite vînt en contrarier l'esprit.

Au rapport de Louet, dès le lendemain de la réfor-

mation, on avait prétendu à Amiens s'attaquer directement au principe. Les échevins de cette ville soutenaient leur droit à la perception de profits seigneuriaux sur une licitation à laquelle les étrangers avaient été admis. L'affaire est de 1587. La prétention des échevins fut repoussée sans hésitation. Elle n'aurait pu être admise qu'à la condition de déclarer non avenu le texte de la Coutume.

Sur une foule de points accessoires, les seigneurs avaient à la rigueur de meilleures raisons à présenter. Ils furent battus partout. La Coutume disait : « Si l'héritage ne se peut partir *entre cohéritiers*. » Fallait-il conclure par *à contrario* que le partage entre autres communistes n'était pas exempt de profits ? On le dit, en effet ; mais la jurisprudence répondit en sens absolument inverse que tous les copartageants, copropriétaires, associés, jouissaient en matière de partage et de licitation de la même faveur que les cohéritiers. Louet rapporte là-dessus un arrêt de 1593.

La jurisprudence alla très loin dans cette voie, et en 1607 elle étendit à la communauté conjugale la disposition de l'article 80. Il s'agissait d'exempter des profits la licitation intervenue entre les cohéritiers du mari défunt et l'épouse survivante.

Un nouvel arrêt du 19 août 1643, jugea de même que droits de quint n'étaient dûs d'un héritage licité entre le mari et les héritiers de la femme. On reconnut qu'il y avait dans ces deux cas un vrai partage, la femme n'étant pas étrangère dans les biens de la communauté (Brodeau sur Louet, 4, Somm., 9).

D'autres décisions furent rendues, inspirées par le même esprit : en 1615, on applique l'article 80 à une

licitation faite entre deux colégataires ; en 1619, à un partage entre associés. La doctrine qui commandait cette solution, n'était pas nouvelle. Elle avait été soutenue dès le début par Dumoulin.

En 1621 et 1641, on déclarait également exempt de profits l'accommodement aux termes duquel les héritiers du mari cèdent à la veuve des biens communs en paiement de ses conventions matrimoniales (Louet, *Lettre L*).

Vers la même époque, il fut acquis définitivement que l'article 80 devait s'appliquer à la licitation amiable, malgré l'ambiguïté du texte qui ne prévoyait formellement que la licitation en justice.

Sur un point, de grandes résistances s'étaient manifestées. En 1640 on soumettait encore aux profits une licitation faite entre un héritier et un tiers acquéreur des parts indivis de plusieurs cohéritiers, dans laquelle pourtant, l'héritier était resté adjudicataire. Cette solution ne tarda pas elle-même à être abandonnée.

Lamoignon rapporte comme autant de points de doctrine bien arrêtés de son temps, toutes les décisions que nous venons de rapporter, et notamment la dernière (Lamoignon, *Arrêts*, t. XII, §§ 5, 6, 7).

Chacun des procès auxquels nous venons de faire allusion, remettait en jeu les principes du xvr^e siècle. Le système romain était de plus en plus abandonné.

Dans le même temps, les praticiens établissaient plus solidement leur doctrine du partage déclaratif en matière civile. Le jour où ce résultat fut obtenu la théorie nouvelle rayonna sur toutes les parties du droit.

Les analystes du quasi-contrat de partage le considéraient comme une sorte de subrogation de parts divisées

à la portion indivise, de façon que la part divise semblait avoir été possédée à partir du décès. Chaque cohéritier, disait-on encore, a un droit éventuel à la succession entière, et le concours de tous les cohéritiers vient seul réduire chacun à une portion déterminée; cela est si vrai, qu'en cas de renonciation la part du renonçant va aux autres héritiers, *jure non decrescendi* et *non jure accrescendi*. Qu'arrivera-t-il au cas d'assignation inégale? Les cohéritiers renoncent à leur part dans les choses ainsi attribuées qui passent au cohéritier loti *jure non decrescendi*, en vertu du droit puisé dans la saisine (Hervé, *Mat. féodales*, t. III, ch. 31).

Louet raconte un procès fameux intervenu le 2 août 1595 quelques années seulement après la réformation de la Coutume. Il présente surtout un grand intérêt à cause du commentaire dont notre auteur l'accompagne. La décision intervenue consacrant la doctrine du partage déclaratif, est de tous les points conforme à celle donnée dans le procès de 1538 où Dumoulin avait été battu. Dans l'espèce, Thomasse Pajot, jouissant par indivis des acquêts de son défunt mari, avait créé une rente de cent livres à laquelle elle avait spécialement obligé une moitié de maison qui lui appartenait par indivis; la maison était tombée par le partage au lot de ses enfants; le créancier pouvait-il s'adresser contre les dits enfants, comme détenteurs de la dite moitié; ou fallait-il que le créancier s'adressât sur l'héritage échu au lot de la dite Pajot? Il fut jugé que les enfants n'étaient point tenus. Le commentaire de Louet mérite d'être cité en entier. Il précise admirablement les arguments invoqués par les héritiers, et peut passer, même aujourd'hui, pour un commentaire des plus ingénieux

de notre article 883. Les arguments du créancier y sont résumés : il soutient que sa prétention de poursuivre les cohéritiers détenteurs de son gage, s'appuie sur la nature *in rem* du droit d'hypothèque, sur l'opinion des auteurs, sur l'avis de Dumoulin conforme au droit romain, et surtout sur le préjudice grave qu'on lui causerait si on lui changeait son gage en lui donnant : « *aliud pro alio, eo invito*, » sur cette remarque qu'on se verrait obligé d'appeler au partage les créanciers, si sa demande n'était pas accordée.

Les moyens des cohéritiers étaient de plusieurs sortes : 1° nous ne connaissons point le créancier et n'avons jamais eu aucune affaire avec lui; comment peut-il prétendre un droit d'hypothèque sur ce qui nous est échu? « *Jus a creditore non habemus, nec ab ejus debitorum sed a patre communi, cum quo creditor non contraxit.* » Quant à prétendre que le communiste puise dans son droit à l'indivision le pouvoir de consentir une hypothèque, laquelle hypothèque droit réel, ne peut plus s'éteindre, nous répondons : « *Qui rem communem pro indivisio possidet non est dominus incommutabilis*, mais *dominus ad tempus, donec hæreditatis divisio facta sit* : même que, *ante divisionem, si quid alienaverit emptor, communi dividundo judicio erit provocandus*, » et n'aura en vertu de son acquisition autre part, que ce qui viendra au lot de son vendeur : « *Jus quidem certum habet*, » et qui ne peut lui être ôté, ou un tiers ou un quart, *ex numero eo hæredum*; mais *rei certæ aut corporis certi dominus non est nisi cum onere divisionis* : c'est pourquoi il ne peut vendre, aliéner ou hypothéquer qu'avec la condition du partage et division : condition qui est assez déclarée au créancier, *ex eo*, qu'il

stipule son hypothèque sur une chose possédée par indivis.....

Bref, le créancier ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même.

2° L'effet du partage n'est pas seulement, *ut quis non teneatur in communione manere*; mais à ce que chacun puisse jouir de son lot séparément sans autre charge que de sa part des dettes de la succession.

..... « Que si ce que désire le créancier avait lieu, les cohéritiers seuls demeureraient misérables;... ils prendraient les dettes d'autrui à acquitter.... Bref, un cohéritier safranier infecterait toute la succession de ses dettes. »

3° « On serait contraint d'avoir recours contre ses cohéritiers, — de faire discuter peut-être les biens du cohéritier safranier... Ce serait rendre l'effet du partage tout à fait inutile, et au lieu de partager le bien entre les héritiers, ce serait les faire vivre et demeurer et plaider avec les créanciers de l'un de leurs cohéritiers. Si l'acquéreur de partie de l'héritage commun peut être contraint de subir la même loi de partage, qu'eût pu souffrir son auteur, pourquoi non le créancier la même loi de son débiteur, et ce faisant, renvoyer son hypothèque sur son lot et purger les autres lots? Les puînés ne voudront pas partager avec un aîné safranier et il leur serait plus à propos de renoncer à leur partage, que de se charger de répondre aux créanciers de leur aîné : et encore que ce pût être que sur la part que l'aîné avait par indivis, si est-ce que la perte de cette part gâte le plus souvent toute une maison, et ce qui reste est inutile, l'intérêt des cohéritiers plus favorable que celui des créanciers. »

Louet termine en donnant la formule par laquelle on exprime la légitimité de la pratique désormais constante : « *Nostrī senatus prudentia major, sanctissime decrevit post divisionem regionibus factam, creditori tantum ea parte jus pignoris divisum competere, quam arbiter communi dividundo sumptus, debitori adjudicaverit.* »

Pratique constante, en effet, dont on ne devait plus se départir, non pas certes en 1595, époque du procès, mais à l'époque où Louet le rapporte. En 1595, en effet, il paraît que les premiers juges avaient donné gain de cause au créancier ; mais un arrêt était intervenu plus tard en sens contraire. Cependant cette décision avait des précédents. Nous connaissons celui de 1538. Il y en avait eu d'autres en 1571 et 1581 (V. Louet, Lettre H, Somm. XI).

Quoi qu'il en soit, au temps de Louet, c'est-à-dire vers le milieu du xvii^e siècle, la doctrine nouvelle ne rencontre plus de contradicteurs sérieux. Nous venons de voir avec quelle précision on la développait, mettant en opposition l'intérêt des créanciers et celui des cohéritiers. C'est la première fois qu'on trouve mise en lumière cette considération pratique très puissante en somme. Juridiquement on apportait un système absolument contraire à celui du droit romain : Qu'est-ce que le droit d'indivision, disait-on ? un droit sans fixité, indéterminé, soumis à l'événement et à la condition du partage. Si vous le cédez, ou l'engagez, la cession ou le gage n'a pas tout d'abord une existence certaine. Elle ne prend corps qu'autant que le droit du constituant se fixe sur une part déterminée. Engagez-vous dans ces conditions votre droit indivis sur un objet commun ? l'objet ne se trouve pas en-

gagé s'il ne tombe pas en votre lot, car vous n'aviez qu'un droit éventuel et l'événement fait tomber votre vocation. Louet disait en ce sens fort à propos que c'était le cas d'appliquer la maxime : « *Resolutio jure dantis resolvitur et jus accipientis.* »

- Nous sommes au terme de la lutte entreprise à peu près un siècle auparavant contre l'idée romaine qui voyait dans le partage une aliénation. Désormais cette idée est morte. Celle qui lui avait succédé pouvait merveilleusement s'adapter à la matière des droits seigneuriaux si discutée pendant longtemps. En supprimant la mutation de propriété, on enlevait jusqu'au prétexte de la perception des profits dans la matière du partage et de ses procédés variés.

Brodeau et la plupart des écrivains du xvii^e siècle reproduisaient le système à propos de toutes les questions auxquelles il pouvait s'appliquer. Ils avaient le tort de rapporter souvent aussi la vieille idée de l'aliénation nécessaire. Pour eux, c'était affaire de tradition. Ce rapprochement nous étonne; en effet, les deux principes s'excluent, et nous ne comprenons guère qu'on ait pu les reproduire l'un et l'autre dans une même discussion (V. Brodeau sur art. 80, *C. de Paris*; Poquet, *Fiefs*, l. III, ch. 6, section 6; Henrion de Pansey, *Relief*, t. II, § 66). Toutefois, il est facile de voir que la raison dominante de toutes leurs décisions était dans l'idée coutumière : « Le sort du partage, dit Brodeau, produit un droit *déclaratif*, et un effet *réductif* et *rétroactif* *dirimant*, en sorte que le cohéritier est présumé n'avoir jamais été saisi ni en droit, ni en fait, sinon aux choses qui sont échues en son lot..., en un mot, le partage n'est point attributif, mais déclaratif du droit du

cohéritier » (Brod. sur Paris, art. 33, Gl. 1, n. 42).

Le droit romain fut encore abandonné au ^{xvii}^e siècle sur un autre point qu'il nous suffira de signaler (V. Aubépin, *Revue de législ.*, t. XVIII, p. 536 et suiv.). C'était une opinion admise autrefois, au moins généralement, qu'à Rome on appliquait au partage en matière de lésion, les règles de la vente. La pratique fit passer une opinion différente, impliquant que le partage avait son caractère propre.

De nombreuses décisions de jurisprudence, de la seconde moitié du ^{xvii}^e, et du ^{xviii}^e siècle, reflètent la théorie maintenant définitivement acceptée du partage dit déclaratif, selon l'expression de Brodeau. Au point de vue général, nous citerons, par exemple, ce passage du réquisitoire d'un procureur général, au sujet d'une affaire bien simple dans laquelle il s'agissait de faire payer les lods à un acquéreur de la portion d'un cohéritier, lequel s'était rendu adjudicataire sur licitation des parts des autres cohéritiers. Le procès est de 1703, et rapporté au *Journal des Audiences*.

- L'avocat général rappelait l'esprit du droit français pour justifier le privilège des cohéritiers en matière de profits, privilège absolument personnel. « La qualité » des copartageants, disait-il, a fourni une raison invincible qui leur doit procurer l'exemption des droits » seigneuriaux. Leur titre de possession est commun à » tous ; les héritages dont ils jouissent par indivis, leur » étant tombés à titre de succession, ils sont censés » propriétaires de la totalité de l'héritage. Comme il » est incertain quelle part arrivera à chacun, ils ont » droit de propriété sur chaque partie ; ainsi, lors du » partage, ce droit de propriété qui résidait dans la

» personne de tous se divise. On suppose que la portion échue par le partage à un cohéritier est celle » à laquelle il a succédé à l'instant de la succession » ouverte. Ainsi le partage ne fait que déclarer la part » qui lui appartient, il ne change donc point le titre » de possession et ne peut procurer de droits au seigneur. » Bien entendu, dans l'espèce, comme on n'avait pas affaire à un cohéritier, on disait que les droits étaient dus.

Mais deux des points sur lesquels la maxime eut ses plus curieuses et plus contestées applications furent relatifs à la question des propres de succession et à celle des propres de communauté. De graves intérêts étaient en jeu dans les deux cas.

1° *En cas de succession*, une personne tenait de sa famille des droits indivis dans un immeuble. Le partage ou la licitation la rendait propriétaire de tout l'immeuble. Elle mourait. Il s'agissait de savoir, ce qui était très important dans l'ancien droit, si l'immeuble devait être considéré comme propre pour le tout ou seulement pour la part indivise du défunt. Il y eut d'abord quelques hésitations dans la jurisprudence. Elles durèrent peu, et la question fut bientôt résolue. On décida invariablement que l'objet adjugé devait être considéré comme propre pour le tout. On rapporte, sur ce sujet, une affaire importante plaidée plusieurs fois vers 1660, et dans laquelle les avis furent partagés (V. Brodeau, sur Louet, Lett. A, II, 26). Au cours d'un de ces plaidoyers, l'avocat du système qui triompha plus tard disait : « Ce qu'il faut observer, c'est que les actes qui se passent entre cohéritiers ont deux effets : l'un résolutif, l'autre rétroactif. Quand le

partage est fait par le moyen de l'effet résolutif, le droit qui appartient aux autres cohéritiers passe en la personne de celui-là seul à qui la chose est échue. L'autre effet est rétroactif, par le moyen duquel ce qui est advenu par le partage à un des héritiers se considère comme s'il l'avait possédé au moment que la succession est échue..... »

- La jurisprudence se rallia tout entière le 27 mai 1689 au système que nous avons indiqué. L'avocat général Talon le soutint vigoureusement : « Tous les » héritiers ont part au tout et dans toutes les parties » du tout, et cela ne se pouvant faire réellement sans » faire violence à la réalité et à l'indivisibilité des subs- » tances, la loi le fait par une fiction civile, afin que » les cohéritiers conservent chacun le droit qui leur » appartient; que si par le partage ou par une lici- » tation l'un des cohéritiers se rend adjudicataire de » la totalité de la chose indivise, la fiction de la loi » cesse, et les choses retournent à leur nature et à » leur vérité, et celui qui s'est rendu propriétaire par » le partage ou par la licitation est réputé l'avoir tou- » jours été, ou plutôt la fiction de la loi opère que » celui duquel la portion a été vendue n'a jamais été » propriétaire. »

En somme, on aboutit à considérer tout le produit du partage ou de la licitation comme propre (En ce sens, Lamoignon, *Arrêts*, ch. IX, n° 3; Lebrun, liv. IV, ch. I, n° 35; Duplessis, l. III, ch. dernier des *Succes- sions*, arrêts de 1689 et 1694).

2° *En matière de communauté.* — Un des conjoints avait des droits indivis dans une succession mobilière et immobilière; fallait-il dire que l'événement du par-

tage décidait de la qualité des biens, qui tombaient ou non en communauté suivant que l'époux loti recevait en son lot des meubles ou des immeubles; ou bien au contraire décider qu'il fallait, au moyen des récompenses, faire la part des propres et de la communauté au prorata de la valeur comparée des meubles et des immeubles composant la succession? Non-seulement au point de vue des époux, mais au point de vue des tiers, la question présentait un intérêt pratique considérable. Si l'on considère que l'opinion de Pothier est celle à laquelle il soit préférable de se reporter pour avoir la représentation la plus exacte des pures tendances coutumières, il faut dire qu'en droit coutumier l'événement du partage déterminait seul les propres de la communauté. Pothier est en effet très explicite sur ce point. Cependant tel n'avait pas été l'avis de Lebrun. Cette controverse sur laquelle on discute encore aujourd'hui ne fut pas tranchée par la pratique. Nous la retrouverons dans notre droit, et rapporterons à son occasion les arguments des deux jurisconsultes coutumiers.

La jurisprudence féconde, dont nous venons d'indiquer certaines applications, s'étendait, bien entendu, très au delà du cas de partage simple. Aussi bien n'était-ce pas d'hier qu'on assimilait, en législation, toutes les variétés de ce contrat. Il faut donc tenir pour certain que l'hypothèque consentie pendant l'indivision par un communiste disparaissait si l'objet hypothéqué tombait par adjudication sur licitation au lot d'un autre que le débiteur hypothécaire. Cette solution absolument logique avait été consacrée notamment le 3 mai 1743 et le 20 juin 1761. On décidait avec le même esprit, que la licitation d'un propre rendait le communiste

adjudicataire d'un bien qui était propre pour le tout. Lebrun est très significatif sur ce point. « Tout le partage qui peut commencer ou finir par la licitation n'est qu'une même affaire et un même contrat depuis le commencement jusqu'à la fin... d'où il suit que comme le partage fait des propres, la licitation en fait aussi... »

Nous arrêtons ici les développements de la jurisprudence. Nous l'avons suivie pas à pas. Elle est maintenant absolument précise et ne varie plus. Il nous suffira désormais d'exprimer le sens exact et complet de la doctrine nouvelle que cette jurisprudence applique, avec les grands jurisconsultes du dernier siècle.

Seul Domat tentait de ressusciter l'idée romaine du partage translatif, qu'il assimile encore avec Papinien tantôt à la vente tantôt à l'échange (*Lois civiles*, 2^e part., loi 1, t. 4, sect. I, n. 1 à 12); cet attachement aux vieux principes est « solitaire. »

Au contraire, Lebrun développe et commente la maxime de Brodeau, dont il fait une règle coutumière très opposée à tout autre et qui se suffit à elle-même. Parlant des difficultés que fait naître la constitution d'une hypothèque sur une indivision, il dit au *Traité des successions*, liv. IX, ch. I, § 28 : « Enfin nous avons une *maxime dans notre droit français* qui lève toutes sortes de difficultés sur ce sujet, qui est que tous les partages ont tous un effet rétroactif; en sorte que chacun des héritiers est réputé avoir eu, du moment du décès, ce qui lui est arrivé dans le partage, et n'avoir rien eu dans ce qui ne lui est pas arrivé par le même partage. Cette maxime dépend d'une autre qui est fondamentale dans la matière des successions, que « *le mort saisit le vif son plus prochain héritier habile à lui succé-*

der; » car cette maxime s'entend de tout ce qui arrive à chaque héritier dont il est censé saisi; il faut nécessairement que ce soit du jour du décès, parce qu'autrement « il arriverait souvent qu'il ne serait saisi qu'à moitié, les accroissements qui se font au moyen des renonciations, et les dévolutions qui se font d'une ligne à l'autre n'arrivant que depuis le décès. Tellement qu'afin que l'héritier soit censé saisi de tout, il faut nécessairement donner au partage un effet rétroactif, et tenir l'héritier partagé du moment du décès de tout ce qu'il a dans l'événement du partage: or, cela étant ainsi, toutes les hypothèques des créanciers particuliers de l'héritier se réduisent nécessairement sur son lot de partage, et elles ne gâtent point ceux de ses cohéritiers. Il en est de même des créanciers du mari pour rentes par lui créées avant le mariage; car quoiqu'elles aient lieu sur les conquêts, néanmoins le partage étant fait et la femme ayant un conquêt pour son partage, les hypothèques se réduisent à ce qui compose le lot du mari ou de ses héritiers, et n'infectent point le lot de la femme. »

Un seul reproche peut être fait à la théorie de Lebrun. Aussi bien, mérite-t-il d'être adressé à tous les interprètes qui l'avaient précédé. Il semble que les uns et les autres font une part trop exclusive à l'idée de saisine. N'y a-t-il pas là comme un écho lointain de la vieille théorie féodale de Guy Coquille? Nos praticiens des premières années du XVIII^e siècle et Lebrun lui-même appliquaient cependant les maximes du partage déclaratif entre tous les copartageants. Le passage que nous venons de citer, dans ses derniers termes, en témoigne. Il y avait, du reste, près d'un siècle que

la jurisprudence, avant même que notre maxime ne fût unanimement reçue, reconnaissait aux communistes, quels qu'ils fussent, les privilèges des cohéritiers.

Il appartenait à Pothier de donner la formule la plus claire et la plus complète du système coutumier. Nous lui laisserons, le plus souvent, la parole, estimant que les extraits qu'on peut tirer de son œuvre valent mieux, pour le faire comprendre, que les commentaires les plus fidèles.

Pothier embrasse le sujet tout entier du partage, et s'efforce, à chaque occasion, d'en fixer nettement le caractère. A maintes reprises, il répudie le patronage du droit romain. De son temps, le droit français est majeur et n'a plus besoin de directeur. Il ne faut pas s'attarder à rechercher si la maxime du partage déclaratif dérive de la préoccupation de satisfaire certains intérêts pratiques parfaitement recommandables, du reste. Il faut se demander si elle n'a pas une source juridique spéciale. Pothier recherche cette source et la découvre. Notez que le mérite de la découverte ne lui appartient pas en propre, nous avons trouvé plus d'une fois, sur notre chemin, les idées qu'il va émettre. Mais il leur avait toujours manqué une formule définitive, et Pothier la donna.

Quelle est donc la nature du droit d'un copartageant? Avant le partage? Après le partage? Laissons parler Pothier (*Fiefs*, p. 4, ch. V, art. II, § 3-2°, *sur la licitation*) : « De ce que la licitation tient lieu de partage, » il s'ensuit qu'elle ne doit point donner ouverture » au profit de quint, ni à aucun autre; car le partage » n'est pas une nouvelle acquisition : c'est l'exercice » du titre auquel la chose qui m'échoit aujourd'hui,

» par le partage ou par la licitation, m'était auparavant avenue pour une portion indivise; *ce principe est fondé sur la nature de l'indivis*; et parce que nous ne possédons par indivis qu'à la charge du partage qui peut être exigé, et en attendant que le partage déclare ce que chacun de nous doit avoir; il s'ensuit que le droit d'indivis que chacun des copropriétaires a dans une chose, renferme le droit d'avoir le total de cette chose dans le cas où elle lui échérerait par le partage ou la licitation qui en tient lieu.....
» pareillement lorsque deux ou plusieurs personnes ont acquis un fief par indivis et qu'ensuite ils le licitent entre eux, la licitation ne doit pas être regardée comme un nouveau titre d'acquisition qui produise un nouveau profit, puisque celui à qui le fief a été adjugé en total par la licitation, ayant déjà, par l'acquisition qu'il avait faite avec les autres un droit au total, en cas que le fief demeurât à lui seul par la licitation qu'il était en droit d'exiger; il s'ensuit qu'il est censé avoir ce total en vertu du premier titre d'acquisition qu'il en avait faite en commun avec les autres..... »

Au point de vue des profits, la conséquence de cette doctrine si lucide, est qu'ils ne sont point dus.

Mais Pothier revient à ce thème, chaque fois qu'il en a besoin. Ainsi pour le partage des biens de la communauté : « Selon les principes de notre *jurisprudence française qui sont en cela différents de ceux du droit romain*, les partages ne sont pas regardés comme des titres d'acquisition, mais comme des actes qui n'ont d'autre effet que de déterminer la part indéterminée et indivise de chacun des coparta-

» geants..... aux seules choses qui échéent par le partage aux lots respectifs de chacun d'eux.... ». Il applique le principe en matière de communauté. D'où : « le mari est censé avoir acquis pour le compte de lui seul, et pour le remplir de sa part dans la communauté tous les conquêts échus en son lot, et en avoir été toujours seul propriétaire sans en rien tenir de sa femme ni des héritiers de sa femme. » De même pour la femme. Le résultat est le même pour la licitation.

Sur tous les tons, Pothier revient à la même idée, contraire à celle du droit romain. En matière de société (V. *Société*, 479 et suiv.) : « Chacun des copartageants n'acquiert rien de ses copartageants..... c'est pour cette raison que les héritages échus au lot de chacun des copartageants ne sont pas sujets pour aucune partie aux hypothèques des créanciers particuliers de ses copartageants..... Si les héritages que vous avez mis en société échéent en mon lot, ils sont censés avoir composé ma part, dès le temps du contrat de société par lequel vous les y avez mis..... Si les héritages échus à mon lot, sont ceux qui ont été acquis pour le compte de la société, ils sont pareillement censés m'avoir appartenu en entier dès le temps qu'ils ont été acquis..... Ils n'ont pu, par conséquent, être hypothéqués pour aucune part par mon associé. »

Au contrat de vente (n^{os} 630, 634, 637, 638), partage simple, partage avec soultes, licitation, sont à nouveau analysés, assimilés, et c'est toujours la même conclusion : « Licitation entre cohéritiers ou autres copropriétaires n'est pas dans notre droit un contrat de

vente que les parties licitantes passaient de leur part dans l'héritage licité, à celui d'entre eux qui s'en rend adjudicataire; puisque suivant les principes, l'adjudicataire n'acquiert proprement rien de ses cohéritiers ou copropriétaires. » D'où pas de profits; pas de retrait; pas d'hypothèques des créanciers particuliers des colicitants. Pothier ajoutait une quatrième conséquence très grave : il disait que les colicitants ou copartageants n'étaient pas tenus de la même garantie dont un vendeur est tenu envers un acheteur.

Nous n'ajouterons rien aux exemples que nous venons de rapporter. La théorie de Pothier nous paraît ne pouvoir prêter à aucune équivoque.

Le droit intermédiaire la recueillit sans discussion. Le terrain d'application en fut limité par la suppression des profits : sur tous les autres points, elle continua d'être mise en pratique.

Elle a été inscrite au Code civil, sans commentaires.

DEUXIÈME PARTIE.

DROIT MODERNE.

Sens général de la théorie du partage déclaratif dans notre droit.

Les rédacteurs du Code civil ont inscrit la théorie coutumière du partage déclaratif dans l'article 883 : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Il faut regretter que le législateur n'ait pas cru devoir fixer, par quelques développements, la théorie qui était la sienne, et se soit contenté d'indiquer, en ces quelques mots, la solution générale à suivre entre copartageants. La formule de l'article 883 est trop laconique. Elle ne répond pas suffisamment aux critiques acerbes dirigées par les partisans des droits des tiers contre la théorie dont elle est l'expression. En un mot,

faute d'avoir été précisée, on a pu, au moins d'après nous, lui donner tant en doctrine qu'en jurisprudence moins de portée qu'elle ne comporte.

Nous avons dit, tout au début de cette étude, les intérêts divers qui s'agitent autour de notre principe, et nous avons indiqué les deux tendances opposées qui donnent chacune la préférence tantôt aux droits des copartageants, tantôt à ceux des tiers. Il est clair que les droits de ceux-ci ne sauraient prévaloir, même dans le système qui les protège, contre le texte même de l'article 883. Mais ce système restreint au minimum la théorie du partage déclaratif; elle ne l'applique que si la lettre de la loi l'y contraint.

Nous essaierons de combattre cette opinion, bien qu'elle paraisse être de plus en plus en faveur surtout en doctrine. Il serait, toutefois, assez difficile de trouver chez les auteurs un système concordant en tous points. Tels semblent disposés à admettre que l'article 883 s'explique naturellement et sans embarras par le simple jeu des principes qui régissent l'indivision (Aubry et Rau, § 625, not. 4. — Demolombe, *Succes.*, V, § 258. — Laurent, t. X, § 395). Tels autres contestent absolument cette notion et considèrent la règle comme une hérésie juridique, introduite exceptionnellement en faveur d'intérêts tout spéciaux (Marcadé, 883. — Demante, 883). Bien que partis de points différents, les uns et les autres arrivent souvent aux mêmes conclusions sur les divers problèmes au sujet desquels s'exerce leur discussion. Les plus réfractaires à l'idée du partage déclaratif sont quelquefois les plus disposés à étendre la portée de l'article 883 et *vice versa*. Par-tagés entre la volonté de rendre hommage à ce que

beaucoup appellent la vérité juridique exprimée par le système romain, et le désir de se conformer au texte du Code civil, les jurisconsultes sont exposés à toutes sortes de tiraillements et d'hésitations : notre matière est semée de controverses, chacun se prononce sur elles un peu d'après ses préférences particulières, souvent étrangères à la question de principe qui devrait tout dominer. Nous ferons, nous, de ce principe, la base de notre discussion.

Personne ne conteste que la formule du partage déclaratif ne soit passée dans notre Code civil sans aucune réserve. Elle y a été inscrite sans donner lieu à la moindre observation, et sans éveiller la moindre critique. Qu'est-ce à dire sinon que le législateur a trouvé bonne et salubre la jurisprudence coutumière? Et si la connaissance de la volonté législative n'a jamais cessé d'être le meilleur guide pour interpréter la loi, ne sommes-nous pas pleinement autorisés à dire que la signification propre de l'article 883 n'est autre que celle donnée par les jurisconsultes coutumiers au principe dit du partage déclaratif? Il se rencontre une théorie dont le droit français a tout l'honneur : pourquoi la suspecter? Pothier et ses contemporains du XVIII^e siècle nous ont dit comment il fallait l'entendre : le législateur moderne n'a jamais manifesté le désir de s'en écarter. Pourquoi ne pas conformer notre jurisprudence à celle de nos devanciers?

On affirme partout que la règle du partage déclaratif est d'origine purement fiscale. Elle a été créée, dit-on, *contra rationem juris*, pour faire échapper une foule d'actes plus ou moins favorisés aux droits seigneuriaux. Si l'on entend par là, que les discussions sur la nature

du partage naquirent à l'occasion des prétentions fiscales des seigneurs, nous l'accordons. Cependant il faut convenir que le principe déclaratif, dès qu'il fut admis en jurisprudence, le fut sur des questions qui n'avaient rien de fiscal. Le procès de 1538, où il fut consacré malgré Dumoulin, mettait en jeu une question de saisie. Le procès de 1595 que nous avons rapporté, avec les curieux commentaires de Louet, n'avait pas non plus été élevé sur une difficulté d'ordre fiscal. Aux époques de ces deux procès, les Parlements tranchaient encore les litiges sur la perception des droits seigneuriaux avec l'idée ancienne d'aliénation nécessaire. Il ne faut pas oublier qu'on en était arrivé, avec plus ou moins de raison, à l'exemption complète des profits avec cette idée-là. Dès que la théorie du partage déclaratif fut admise sans conteste, elle n'élargit en rien le cercle des utilités pratiques sur ce sujet. Elle fut si l'on veut, un remède plus correct et mieux approprié; mais non un remède nouveau à une maladie qui aurait été jusque-là incurable. En un mot, on aurait pu, à la rigueur, se passer, en matière de profits seigneuriaux, de la théorie du partage déclaratif; pour arriver aux solutions civiles obtenues dans les procès de 1538 et 1595 cela n'était pas possible; et il reste acquis que le principe nouveau s'est affirmé en pratique sur des affaires où les discussions fiscales étaient écartées.

Historiquement, il faut dire : Oui, dans l'ancien droit les difficultés d'ordre fiscal ont éveillé la curiosité juridique des juristes. Leurs recherches ont fait naître la théorie du partage déclaratif. La jurisprudence a consacré le principe un peu tard à une époque où les difficultés fiscales pratiques étaient déjà résolues avec

d'autres idées. Une fois la nouvelle doctrine établie, on l'a généralisée parce qu'on la trouvait supérieure au système romain.

Fiction, disent les partisans du droit romain, fiction dangereuse et qu'il faut restreindre. Pourquoi serait-ce une fiction? Le droit coutumier ne le pensait pas ainsi. La loi qui la consacre est très explicite; et on comprend à peine l'existence d'une fiction légale codifiée. Si l'on entend soumettre toutes les dispositions de notre Code à la critique d'un esprit philosophique plus ou moins supérieur, toutes peuvent paraître erronées ou injustes et seront traitées de fiction. Aucune n'est sûre d'échapper à la critique, car il n'y a pas, surtout en droit, de vérité si solidement établie qu'elle ne puisse prêter à discussion. La loi comme les principes qui la régissent est le produit des races, des temps, des lieux, des mœurs, des besoins économiques et sociaux. Il est certain pour nous que ceux qui ont fait le partage déclaratif, ou qui l'ont reçu tout fait du droit coutumier, n'ont pas entendu consacrer une fiction. Une telle façon de légiférer est du reste bien extraordinaire et nous ne croyons pas qu'on en trouve un seul exemple dans le Code civil.

On a objecté la rédaction même de l'article 883; les mots « censé » « seul. » On peut soutenir, avec beaucoup de raison, que la lettre de la loi ne saurait prévaloir contre son esprit; et cet esprit, celui de Pothier n'est pas douteux. Mais, en somme, cette rédaction même ne prouve rien. Il est un fait que le législateur ne peut pas supprimer, c'est la coexistence de plusieurs héritiers. Que veut la loi? déclarer que cette coexistence ne met pas obstacle à ce que chacun individuellement reçoive son lot libre de toutes charges autres

que celles provenant de l'hérédité. La formule de l'article 883 ne laisse pas le moindre doute à cet égard. Elle pourrait être ainsi conçue : « Chaque héritier reçoit sa part comme s'il était seul. » C'est très gratuitement qu'on prête au législateur cette arrière-pensée : « Le résultat que nous consacrons est contraire à la vérité juridique. »

La vérité juridique n'est pas une. Pothier la croyait dans son système; il l'avait lui-même recueillie chez ses devanciers, et l'avait trouvée consacrée par une jurisprudence de près d'un siècle.

M. de Valroger traduit en termes saisissants toute cette théorie coutumière. « Une succession s'ouvre au » profit de divers héritiers : de quoi chacun est-il » saisi? De tout en un sens, de rien en un autre; de » tout en espérance, de rien d'une manière certaine. » Son droit plane sur toute l'hérédité : c'est le partage » qui le déterminera. » (De Valroger, *Revue de droit français et étranger*, t. VII, p. 419 et s.) Ailleurs, le même auteur dit encore : « Nous aimons à reconnaître, » à la gloire de nos jurisconsultes coutumiers, qu'ils » rendirent au grand intérêt de la sécurité des fortunes » un signalé service, en faisant du partage un acte » déclaratif et non attributif de droit. » Voilà le droit français, fils du droit romain, proclamé, suivant l'expression de M. de Valroger, « fils plus avancé que son père. » Pourquoi? parce qu'il sauvegarde mieux les intérêts sociaux.

Venons au fait. Soit une indivision : le droit romain dit : Chaque communiste a sur chaque molécule des objets indivis un droit déterminé, en concours avec les droits réciproques, des autres communistes. On affirme

généralement qu'il ne saurait en être autrement en fait; et le principe romain serait l'expression mathématique de la vérité. Au risque de soulever les plus violentes contradictions, nous ne voyons dans l'interprétation romaine du quasi-contrat d'indivision qu'une conception particulière de l'esprit. Notre droit français a substitué à cette conception une autre qui lui a paru plus exacte et plus fertile en conséquences bienfaisantes. Conception pour conception, pourquoi ne pas tenir pour vraie celle de nos anciens? Le droit accordé à un communiste de disposer *pendente indivisione* d'un objet héréditaire, de consentir des hypothèques et autres droits, n'est-il pas, après tout, absolument conforme à cette notion coutumière du droit éventuel au tout et à toutes les parties du tout?

Nos adversaires tirent un argument très fort à leur avis, et grâce auquel ils triomphent, de la disposition légale qui établit la garantie en matière de partage.

Le droit à la garantie ne peut s'expliquer, dit-on, entre personnes qui ne sont pas ayants-cause les unes des autres. Si notre loi reconnaît ce droit entre copartageants, elle rend hommage par là même à l'exactitude de la théorie romaine; elle revient aux vrais principes; elle avoue l'arbitraire de la règle posée dans l'article 883; et indique clairement que la doctrine du partage déclaratif doit être strictement délimitée et restreinte aux hypothèses où la loi est formelle.

Il est facile de répondre que la garantie en matière de partage repose sur des bases absolument différentes de celles admises en matière de vente (*sic* Bufnoir, *à son cours*). Nous citerons seulement les paroles de Pothier : « Les copartageants contractent par le partage

» l'obligation de se garantir réciproquement les choses
» qui tombent dans leurs lots respectifs ; mais *cette*
» *obligation est différente de celle qu'un vendeur con-*
» *tracte avec l'acheteur ou tout autre cédant envers le*
» *cessionnaire.* »

Notre loi n'applique pas, du reste, les mêmes dispositions en matière de garantie à la vente et au partage. L'objection ne porte donc pas.

- En résumé, ni l'histoire, ni la discussion du Code, ni l'analyse du contrat d'indivision, ni l'examen des dispositions législatives relatives à notre matière, ne sauraient, d'après nous, autoriser l'interprète à restreindre la théorie du partage déclaratif. Elle domine tout le droit ; elle ne porte pas atteinte aux droits des tiers ; car un tiers n'a jamais d'autre garantie vis-à-vis de son débiteur que celles qu'il trouve dans le patrimoine de celui-ci. L'indivision ne donnant au débiteur qu'une espérance, le créancier n'a lui-même jusqu'au partage qu'une garantie aléatoire.

Hâtons-nous d'ajouter que le Code civil, soucieux de ne pas voir les communistes abuser de la situation, donne à leurs créanciers le droit d'intervenir au partage. C'est là une précaution excellente, propre à sauvegarder tous les intérêts, et suffisante pour arrêter la fraude. Les créanciers de Thomasse Pajot, au dire de Louet, demandaient cette faveur, dès qu'on leur opposait la doctrine alors nouvelle du partage déclaratif. Nos législateurs en ont pris bonne note et c'était justice.

Ajoutons, pour la forme, que le partage ne saurait préjudicier à des droits acquis. Des créanciers héréditaires, des ayants-cause directs de l'hérédité ne pourraient évidemment se le voir opposer.

- Mais *à priori*, nous tenons pour un principe radical celui du partage déclaratif. Nous essaierons de le prouver dans la suite de cette discussion.

§ 1. *Quels actes méritent le nom de partage?*

La qualité des communistes en cause n'a rien à faire ici. Personne ne conteste que l'article 883 soit applicable en principe à tous copartageants (arg., art. 1476, 1872). Mais on ne s'entend pas sur le point de savoir quels sont, précisément, au point de vue de la forme, les actes qu'il faut considérer comme partage et soumettre à l'article 883.

Nous appliquerons, quant à nous, l'article 883 à tous les actes qui suivent :

a). Partage simple. — Pas de difficultés sur ce premier procédé. C'est le moyen le plus normal et le plus fréquent de sortir d'indivision. On a souvent remarqué que le principe du partage déterminatif de droits pouvait paraître exact, en cette hypothèse, aux esprits les plus prévenus contre lui.

Il faut noter un seul point : on doit prendre garde de n'appliquer l'article 883 qu'au partage d'une véritable indivision. Qui dit indivision, suppose les droits de même nature. Deux personnes peuvent avoir sur un même bien l'une un droit de propriété, l'autre un droit d'usufruit. Ce ne sont pas des communistes : et l'acte par lequel deux légataires, l'un de la propriété l'autre de l'usufruit, régleront l'exercice de leurs droits respectifs, ne sera pas un partage. De même,

après un premier partage, la convention par laquelle des cohéritiers alotis feront la réglementation particulière de leurs droits, ne tombe pas sous l'application de l'article 883.

Il ne faut pas distinguer entre le partage amiable et le partage judiciaire. Notez que les dispositions de l'ancien droit, l'article 80 de la Coutume de Paris, par exemple, mettaient au premier plan pour l'exemption des profits le règlement en justice des droits des communistes.

Si l'un des communistes a vendu son droit, le cessionnaire vient au partage; doit-il profiter pour la part mise en son lot de l'article 883? C'est sous sa forme la plus pratique, la question de savoir s'il faut appliquer le partage déclaratif entre communistes qui n'ont pas tous le même titre d'indivision. Nous verrons plus loin, qu'à propos des droits d'enregistrement, la jurisprudence de la Cour de cassation a décidé la négative; mais au point de vue civil, elle a consacré la décision contraire. Ce système est généralement approuvé : nulle disposition légale exige pour l'application du principe que les cohéritiers ou associés le soient devenus au même titre; la vente emporte subrogation pleine et entière de l'acquéreur dans les droits du vendeur, et celui-ci met son ayant-cause en son lieu et place, de façon que la part aliénée arrive au cessionnaire dans le même état de liberté que si le cédant eût figuré lui-même au partage. Le système contraire conduirait, du reste, à toutes les actions récursoires que le législateur a voulu précisément proscrire. (Cass. 27 janv. 1857. S. 57, 1, 665.) — *Contra* : Douai, 2 mai 1848. S. 1849, 2, 394.)

Au sujet de ce cessionnaire, il s'élève d'autres difficultés, notamment en matière de transcription, nous les retrouverons plus tard.

b). *Partage avec soultes*. — Le principe déclaratif s'applique. Ce point n'a jamais été, encore, sérieusement contesté. L'assimilation de ce cas avec le précédent ne date pas d'hier; on la faisait même à l'époque où l'idée des aliénations nécessaires dominait toute notre matière. Il faut donc tenir pour certain, que malgré les soultes données soit en biens communs, soit en biens propres, tous les droits consentis par un comparsonnier sont résolus, dès qu'ils l'ont été sur des biens qui ne sont pas tombés au lot du constituant. M. Demolombe a, du reste, fait remarquer avec beaucoup de raison, que le partage avec soulte est une espèce de licitation amiable. Or, si l'article 883 n'a pas prévu, comme on l'a dit quelquefois, le partage avec soulte, il a visé la licitation (Demolombe, *Successions*, V, § 269).

M. Rodière a esquissé un système contraire qui ne serait, en somme, que la reproduction de celui qu'on soutenait au temps de Dumoulin. On devrait distinguer deux parties dans l'opération qui nous occupe. Jusqu'à concurrence de la soulte, il faudrait voir une vente; au delà, ce serait bien un partage. Le principal argument invoqué se tire de l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, où le partage avec soulte est en effet considéré de cette façon. On a justement répliqué, d'après nous, que les dispositions d'ordre fiscal n'ont point d'autorité en droit civil.

Aussi bien M. Rodière ne donne-t-il pas à son système une portée absolue. Son but est d'arriver à re-

porter sur la valeur de la soulte l'hypothèque des créanciers des copartageants, hypothèque qu'il reconnaît, du reste, être résolue quant au droit de suite. Ce point se retrouvera à propos des effets de la règle du partage déclaratif (Rodière, *Revue de législ. et jurispr.*, t. XLIII, 1852, p. 309).

Le débiteur de la soulte, étant un copartageant, n'aura pas le privilège du vendeur, mais bien celui du copartageant (Cass., 29 décembre 1829).

De même, en cas de non paiement du prix, il n'y aura pas lieu à résolution.

c). *Licitation.* — L'article 883 énonce formellement la licitation comme un acte auquel il faut appliquer la règle du partage déclaratif.

La tradition la mieux établie indique qu'il ne faut pas distinguer entre la licitation amiable et la licitation judiciaire; ni s'attacher à savoir si le bien est ou non commode à partager en nature (V. cep. Toullier, IV, § 563).

D'après la même tradition, il faut admettre deux autres solutions : L'article 883 s'applique à l'adjudication à laquelle des étrangers ont été admis à surenchérir dès que l'adjudicataire est un communiste. Tout le monde est de cet avis. Il ne s'applique plus, au contraire, dès qu'un de ces étrangers devient acquéreur. Cette dernière opinion a cependant trouvé des contradicteurs. Mourlon notamment développe avec beaucoup de force le système contraire consistant à déclarer résolues les charges nées pendant l'indivision, même au cas où l'héritage a été adjugé à un tiers (V. Mourlon, t. II, §§ 484 et 485). Il invoque surtout l'esprit de la loi. Qu'a-t-elle

voulu? garantir la tranquillité des familles en assurant la stabilité des partages. Elle annule pour cela tout acte qui pourrait compromettre ce résultat et faire naître des recours de cohéritier à cohéritier. Quelque sérieuse que paraisse l'objection, elle ne saurait nous déterminer à désertier la tradition constante de l'ancien droit, le meilleur guide en toute cette matière, est le texte même de l'article 883. Les auteurs qui sont disposés à voir une fiction dans notre article opposent une réponse toute-puissante à la théorie de Mourlon. On ne peut nier, disent-ils, que le texte soit contraire. Or, n'est-il pas vrai, que ce texte lui-même consacre une exception dangereuse? Comment, dès lors, aggraver une disposition exceptionnelle? — Dans le système qui est le nôtre, on peut aussi faire une réponse décisive : on comprend à merveille que le tiers adjudicataire soit considéré comme un acheteur et tenu comme tel sur l'objet licité des charges consenties pendant l'indivision. En effet, les cohéritiers, les communistes ont un titre antérieur; la licitation ne crée pas pour eux un droit nouveau, elle consolide et détermine l'ancien. Qu'on nous montre le titre antérieur du tiers adjudicataire. Cette observation, qui est péremptoire sur la question qui nous occupe, peut aussi servir à démontrer que notre principe n'est pas si arbitraire qu'on le prétend. S'il l'était réellement, on pourrait l'étendre un peu à volonté, et nous venons de démontrer que, dans une espèce où pourtant il aurait quelque utilité, il ne peut être appliqué.

La jurisprudence considère comme vente la licitation terminée par une adjudication au profit d'un tiers (V.

Douai, 2 mai 1848. S. 49, 2, 396 ; — Grenoble, 17 janvier 1859. S. 60, 2, 11 ; — Cass., 8 mars 1875. S. 75, 1, 449). Elle décide aussi avec raison que l'adjudication faite à un cohéritier avec une déclaration de command pour un étranger est vente.

Doit-on considérer comme un étranger l'héritier bénéficiaire adjudicataire sur licitation d'un immeuble héréditaire? On a d'abord décidé l'affirmative (Cass., 1835. S. 35, 1, 341). Mais aujourd'hui l'opinion contraire est admise en jurisprudence (Cass., 1839. S. 39, 1, 781). C'est en effet la mieux fondée. Le bénéfice d'inventaire est une protection pour l'héritier. Il ne peut être retourné contre lui. L'acceptation bénéficiaire ne fait pas perdre à l'héritier son titre primitif, et c'est ce titre primitif puisé à la source de la saisine qui se consolide et se détermine par l'adjudication prononcée à son profit (*Sic* Demolombe, V, 275 ; comp. Colmet de Santerre, t. III, 169 *bis*). Un arrêt de Cassation du 12 janvier 1876 déclare que l'héritier bénéficiaire peut purger. On le considère comme ayant acquis à titre nouveau. La doctrine de cet arrêt semble incompatible avec l'idée que l'héritier bénéficiaire adjudicataire sur licitation n'est pas un étranger.

d). Actes équipollents à partage. — En dehors des trois procédés les plus ordinaires, partage simple, partage avec soultes, licitation, l'article 883 régit encore toutes conventions propres à faire la division entre cohéritiers, quelque qualification qu'on leur ait donnée. Cette proposition est bien ancienne.

Dumoulin la tenait pour vraie, au moins dans une

certaine mesure et d'Argentré enseignait qu'elle ne comportait pas d'exception. L'un et l'autre disaient qu'on devait en principe s'en conformer toujours à l'intention des parties dès qu'on voulait savoir si on était en face d'un partage.

Outre les raisons tirées de la tradition, nous avons un argument de texte pour établir la doctrine. L'article 888, énumérant les cas où l'action en rescision du partage est admise, emploie une formule énonciative qui ne laisse subsister aucun doute : « contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière. »

Le principe étant admis, voyons comment il faut l'entendre :

Pour être régi par l'article 883, l'acte doit être à titre onéreux. Un acte à titre gratuit peut faire cesser l'indivision, ce ne sera jamais un partage. On a dit pour justifier cette solution que le partage est de son essence un acte à titre onéreux. Il y a plus ; un donataire puise son droit dans la donation, il est ayant-cause forcé du donateur. Or, s'il n'y a de copartageant que celui qui tient sa part d'un titre antérieur, du titre héréditaire, l'idée de partage et l'idée de donation s'excluent.

Nous n'avons pas d'autre réserve principale à faire. Seront partages tous actes faisant cesser l'indivision entre les cohéritiers. Au premier plan se placent les cessions de droits entre communistes. Sauf une légère exception faite pour la cession de cohéritier à cohéritier, nous dirons : Les cessions de droits successifs sont des partages.

Précisons les hypothèses : Quatre cohéritiers, Primus, Secundus, Tertius, Quartus sont indivis. Primus vend son droit héréditaire à Secundus. Cette cession n'est pas un partage. Il est clair que dans la division définitive, il faudra toujours établir quatre lots, sauf à Secundus, à s'en voir attribuer deux (*Sic* Demolombe, V, 385).

Mais il faut supposer une autre combinaison : deux héritiers, *Joseph* et Henri ; Joseph vend à Henri sa part. L'indivision a manifestement cessé. — Eh bien ! dit-on, dans une opinion que nous combattons et qui, du reste, a peu de partisans, nous ne saurions voir dans cette cession un acte de partage. En effet, n'est-il pas difficile de reconnaître ce caractère à une convention qui attribue tous les biens à un seul héritier, ne donnant à l'autre qu'une somme d'argent ? Ne voit-on pas que les articles 2103 et 2109 ne visent aucunement les prix de cession de parts héréditaires ? Enfin, n'est-il pas manifeste que l'article 889 s'oppose à la doctrine que nous combattons : il n'y a pas de rescision pour partage, dit cet article, contre la cession de droits successifs faite à ses risques et périls à un cohéritier par un autre cohéritier ; qu'est-ce, sinon que cette cession n'est pas un partage ? (V. arrêt de Toulouse, 14 déc. 1850. J. P. 1, 447, 1851.) — Toute cette argumentation ne saurait prévaloir contre la tradition constante de l'ancien droit (V. Pothier, *Success.*, IV, art. 6). En somme, la cession faite dans les conditions que nous venons de dire, n'est autre qu'une véritable licitation amiable ; l'argument de la Cour de Toulouse ne porte donc pas. Si l'article 889 déclare non recevable dans un

cas donné l'action en rescision, c'est afin de ne pas porter atteinte au caractère aléatoire de la convention. Les articles 2103 et 2109, le premier surtout, n'ont absolument rien, dans leur rédaction, prouvant qu'ils ne doivent pas s'appliquer à notre cas. Enfin, l'article 888 énonce la vente de droits successifs, comme susceptible de constituer un partage. Le principe de notre décision, n'est, du reste, pas sérieusement contesté.

Il faudrait assimiler, au cas où il y a un prix de cession, celui où l'équivalent serait payé en valeurs propres.

- En résumé, partage simple, partage avec soultes, licitation, vente ou cession et en général tout acte équivalent à partage, son régit par l'article 883. — Ici s'élève une question des plus controversées : Faut-il pour l'application de la règle du partage déclaratif que l'indivision cesse entre toutes les parties?

La question est d'ordre général : elle peut se poser à propos de toutes les formes de partage ; mais notamment en matière de licitation et de cession elle est vivement discutée. La jurisprudence paraît disposée à n'appliquer l'article 883 qu'en cas où l'indivision a cessé d'une manière complète (V. Cass., 8 mars 1875... Note Labbé).

Quel est l'acte auquel on se réfère? Quatre communistes sont en présence ; trois d'entre eux s'entendent avec le quatrième, pour lui constituer son lot ; eux-mêmes restent indivis. L'opération est un partage ; et ni le cohéritier loti ne souffrira sur son lot des droits consentis par les autres durant l'indivision, ni ceux-ci des charges provenant du cohéritier loti. Nous ne voyons en effet aucune bonne raison pour déclarer que

l'acte intervenu n'a pas eu le caractère déterminatif. Ce premier point est certain (Demolombe, t. V, § 286 *in fine*).

Mais supposons que Primus cohéritier vend sa part héréditaire à ses trois cohéritiers; ou bien admettons que sur licitation trois ou deux cohéritiers se portent adjudicataires. La jurisprudence déclare que l'article 883 ne doit pas s'appliquer. L'opération à laquelle nous faisons allusion était bien connue dans l'ancien droit sous la dénomination de « *premier acte*; » on lui appliquait sans hésitation, la règle du partage déclaratif. Cette tradition fut suivie tout d'abord (Voyez note Labbé s. Cass., 1825 précité... — Cass., 3 mars 1807; 25 janvier 1809; Paris, 24 février 1860, P. 1860, 2, 647). Des auteurs considérables lui sont restés fidèles et nous croyons qu'ils ont raison (Championnière, *Enregist.*, III, n° 2734; Mourlon, *Transcription*, n°s 179 et suiv.; Berthauld, *Questions*, §§ 317 et suiv.). Toutefois elle a été vivement attaquée. On l'a trouvée peu conforme à l'intention du législateur, et à l'utilité pratique. Si vous appliquez, dit-on, l'article 883 à tout premier acte qui n'a fait cesser l'indivision qu'en partie, vous dépassez le but poursuivi; le législateur a voulu établir la stabilité et la propriété intégrale et complète; mais non protéger l'indivision partielle; celle-ci disparaîtra peut-être elle-même par une licitation au profit d'un tiers. On argumente de l'article 883 et de l'intime connexité qui existe entre les deux dispositions de cet article : « Si chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets héréditaires dont il a perdu la copropriété par suite de l'acte qui l'a fait sortir d'indivision, ce n'est qu'une conséquence de cette autre fiction

légale, qui considère l'héritier dans le lot duquel ces objets sont tombés comme en ayant été dès l'origine propriétaire exclusif. Or, si l'acte qui a fait cesser l'indivision quant à l'un des cohéritiers, l'a laissé subsister à l'égard des autres, il devient impossible d'appliquer à ces derniers la disposition suivant laquelle chaque héritier est censé avoir succédé seul....; et par suite il devient aussi impossible d'appliquer au premier la disposition suivant laquelle chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets dont il a perdu la copropriété (Aubry et Rau, § 625, n. 42). »

Ce dernier argument est au premier abord le plus séduisant. Il serait typique en ce qu'il est puisé à la source même du sujet; mais il nous paraît entaché de quelque confusion. Cette connexité dont on nous parle n'a rien d'essentiel; car on ne voit pas qu'il soit absolument indispensable pour qu'un héritier soit réputé avoir toujours été étranger aux biens dont il perd la copropriété, que ses cohéritiers soient à l'inverse réputés, *chacun d'eux pris à part*, avoir toujours été seuls propriétaires d'une portion déterminée et divise de ces mêmes biens. L'article 883 lui-même suppose ce résultat possible. L'héritier, dit-il, est censé n'avoir jamais eu la propriété des « *autres effets de la succession*. » Mais il ne distingue pas si ces autres effets sont restés ou non indivis. »

Nous raisonnons ici avec les expressions de nos contradicteurs, et d'après le système de la fiction. Avec le système, qui est le nôtre, la solution que nous défendons, se justifie de la même façon. Cette circonstance que deux ou plusieurs communistes restent indivis ne

s'oppose nullement à ce que le droit du cohéritier écarté par le premier acte soit déterminé.

Ainsi notre doctrine n'a rien de contraire au principe même de l'article 883. Nous ne saurions trop nous souvenir qu'elle était de tradition en droit coutumier; et nous rappellerons une fois de plus que les rédacteurs du Code civil n'ont pas fait sur tout ce sujet une seule observation de laquelle on puisse induire qu'ils aient innové. — Il n'y a point de règle, dit Guyot, qui oblige les associés à ne sortir de communauté qu'en *la rompant avec tous*. L'un des associés peut liciter sa portion : cela ne fait que diminuer le nombre des copropriétaires; mais il n'y a point de changement de propriétaire (*Fiefs*, p. 1, ch. V, § 3). Cette doctrine du premier acte que l'on considère toujours comme un partage, était hors de tout débat dans l'ancien droit. Qu'on nous montre les traces de son abandon.

Loin de lui être contraires, les textes lui sont favorables. L'article 889 vise non-seulement les actes qui font entièrement cesser l'indivision, mais encore ceux qui n'y mettent fin que d'une manière relative. Il suffit de lire l'article pour s'en convaincre. Les actes auxquels il s'applique sont les mêmes que ceux visés 888. Or, 888 dit formellement que ce sont des actes de partage. MM. Aubry et Rau font ici une distinction des plus ingénieuses : sans doute, disent-ils, au point de vue de l'action en rescision, le premier acte est un partage, mais au point de vue de l'article 883, c'est-à-dire au point de vue général, on ne saurait lui donner ce caractère. Cette distinction nous paraît absolument arbitraire.

Malgré toutes ces raisons qui nous semblent convain-

cantes, la Cour de cassation s'est prononcée, contrairement à ses premiers arrêts, en un sens absolument opposé au nôtre. Ses principaux arguments sont ceux que nous avons essayé de réfuter (Cass., 27 mai 1835, S. 1835, 1, 344; — 29 mars 1856, S. 56, 1, 49. — Nov. 1862, S. 63, 1, 129). Sur un arrêt ci-dessus cité, du 8 mars 1875, M. Labbé a proposé un système un peu différent. Celui de la jurisprudence lui semble trop absolu. D'après notre maître, quand un premier acte diminue le nombre des copropriétaires sans faire cesser l'indivision, la nature de l'acte ne peut être déterminée sur-le-champ; elle dépend de la façon dont se terminera l'indivision qui subsiste. L'idée très ingénieuse dont s'inspire ce système est celle-ci : Le premier acte n'a pas par lui-même de caractère propre, il n'est qu'un incident dans l'arrangement définitif qui doit intervenir plus tard. Cet arrangement finit-il par concentrer, dans le cas de licitation, par exemple, toute la propriété sur la tête d'un communiste, l'article 883 s'appliquera aussi bien au premier acte qu'au deuxième. Ce système, quelque séduisant qu'il puisse paraître, ne nous semble pas devoir être adopté. Un arrêt de 1854 l'avait, du reste, déjà formulé.

Il faut signaler aussi l'opinion de Laurent (t. X, §§ 418 et suiv.). Elle nous paraît ne pas contrarier notre système. Il ne faut pas, dit-il, subordonner l'application de l'article 883 à la cessation absolue de l'indivision, mais à cette condition que l'acte ait été conclu entre tous les copropriétaires. Cette condition nous paraît, en effet, très raisonnable. Autrement nous tombons dans l'hypothèse que nous avons faite au début de cette con-

troverse, et nous avons admis que ce n'était pas un partage (V. Alger, 1866, 26 nov.; Cass., 22 janv. 1868, S. 1868, 1, 209).

En terminant sur ce sujet, il nous sera permis d'établir un parallèle intéressant : un des considérants de l'arrêt de 1875 porte ce qui suit : « Attendu que la » licitation n'est assimilée au partage, et ne revêt » comme lui le caractère déclaratif *qu'autant qu'elle* » *a pour effet de faire cesser à l'égard de toutes les* » *parties colicitantes* l'indivision de l'héritage, qui en » est l'objet, par l'adjudication de cet héritage à l'une » d'elles seulement..... » Au contraire, en 1878, sur une autre affaire, la Cour de cassation décide : « At- » tendu en droit, que le partage *total ou partiel* est » déclaratif et non attributif; que suivant l'article 883 » C. C., *conforme en ce point à l'ancien droit*, chaque » cohéritier est censé.....; qu'il faut sans doute pour » qu'il en soit ainsi, une opération où figurent tous » les intéressés, et qui rompe entre eux la commu- » nauté par un partage réel...; mais qu'il n'est *pas* » *nécessaire*, comme le prouve l'article 883, en assimi- » lant la licitation au partage, *que cette opération assi-* » *gne sa part à chacun*, et qu'il suffit que l'un d'eux » soit définitivement rempli de la sienne au moyen » d'un allotissement particulier, puisque, de la sorte, » celui qui reçoit sa part dans la chose commune n'a » plus rien désormais à y prétendre et que, *en ce qui* » *concerne les biens dont il est privativement appro-* » *prié*, l'indivision cesse complètement entre lui et ses » cointéressés..... » On pourrait croire, d'après ces derniers mots, que la Cour de cassation est revenue à la doctrine des premiers jours. Il n'en est rien, un con-

sidérant très court précède ceux que nous avons rapportés : « Attendu en fait, que le traité litigieux n'est » point une cession. » Si l'acte soumis à la Cour eût été une cession, la décision eût donc été tout autre ! C'était un simple traité litigieux. Malgré cette réserve, l'arrêt de 1878 indique, ce semble, un retour de jurisprudence significatif.

- La disposition de l'article 883 est-elle d'ordre public ? si bien qu'il serait défendu aux parties d'y porter atteinte par convention particulière ? Pratiquement : des copartageants pourraient-ils décider que le partage serait soumis à résolution ou à revente sur folle enchère pour défaut de paiement du prix ? Ou bien encore : des copropriétaires pourraient-ils donner à l'arrangement par lequel ils sortent d'indivision, arrangement réputé partage d'après la loi, le caractère d'un acte translatif ?

L'article 883 est au-dessus des conventions particulières. Le partage répugne donc à toute clause résolutoire. Et quant aux cessions entre cohéritiers que nous avons déclaré être des partages, il ne peut dépendre des copartageants d'en faire des actes translatifs.

Cette dernière solution est absolument logique. On a invoqué le principe de la liberté des conventions (1101, 1134, 1156). Supposez, a-t-on dit, des parties qui déclarent faire une vente, qui font transcrire le contrat comme tel, qui laissent prendre ou requièrent elles-mêmes le privilège du vendeur ; méconnaîtrez-vous leur volonté au point d'appliquer l'article 883 ? Certes, sans aucune hésitation. La liberté des conventions, si

grande qu'elle soit, a ses limites. La théorie contraire à la nôtre conduit à une conséquence absolument inadmissible. Chaque espèce de convention a son caractère propre et essentiel qu'il n'appartient pas aux parties de méconnaître ni de détruire. Le caractère essentiel du partage est de faire cesser l'indivision par un procédé déterminatif, et l'article 888 déclare partages tous arrangements tendant à ce but. Il semble du reste qu'on peut poser en règle générale, que des contractants peuvent, en toutes circonstances, faire ou non telles ou telles conventions, mais elles ne peuvent changer l'interprétation de la convention même qu'elles ont choisie.

Faut-il insister sur les conséquences pratiques d'un pareil système? S'il appartient au bon plaisir des héritiers de déterminer la nature de la convention qu'ils ont faite, on aboutit à l'arbitraire le plus révoltant et à l'incertitude absolue. Si un acte que la loi répute partage, peut devenir une vente, pourquoi une vente ne deviendrait-elle pas partage? Au contraire, nous tenons pour tel toutes les opérations auxquelles nous avons donné cette qualification, nous fondant sur le texte et l'esprit de la loi; et nous évitons toute incertitude et tout embarras. La jurisprudence, qui n'est pas de cet avis, a rendu bien des décisions inconciliables, faute de s'en rapporter à ce critérium (Comp. Laurent, *Partage*, 429; Demolombe, § 282).

Au point de vue de la clause résolutoire, tout le monde convient que l'article 883 résiste par sa nature à l'application de l'article 1184. On rappelle toutes les considérations d'ordre général qui ont fait adopter le

principe, et où en conclut qu'il ne faut pas reconnaître l'existence d'une clause de résolution tacite. Autant vaudrait ne pas avoir posé le principe, que d'adopter une interprétation qui lui ferait directement échec. Mais on a dit et jugé que l'article 883 ne s'opposait pas à l'introduction d'une clause résolutoire formellement exprimée (V. notamment Demolombe, *Succ.*, § 340). N'est-il pas vrai, dit-on, que le partage peut être, en principe, soumis à une condition casuelle, si bien que celle-ci défaillant ou arrivant, le partage se trouverait non avenu, et l'indivision revivre? Eh bien! la clause formelle de résolution n'est autre que l'aposition d'une condition de cette espèce (V. Laurent, 441, 459, 463). On ne voit pas en quoi elle peut contrarier le principe déclaratif. La clause résolutoire serait compatible avec le partage, parce qu'éventuellement elle aurait ce résultat qu'il peut ne pas y avoir de partage.

Un premier point nous paraît hors de doute. Une clause résolutoire, à laquelle on aurait assigné un terme supérieur à cinq ans, serait évidemment nulle, comme portant atteinte à l'article 815.

Mais nous croyons que même la stipulation d'une condition résolutoire dans laquelle les copartageants auraient respecté cet article serait nulle. Si la clause de résolution n'est pas sous-entendue dans un acte du partage, c'est que l'acte, en dehors des considérations pratiques que nous avons fait valoir ci-dessus, n'est assimilé ni à la vente, ni à l'échange, ni aux contrats synallagmatiques dont s'occupe l'article 1184 du Code civil. Si le législateur a pensé que la nature de cet acte lui interdisait, à lui législateur, d'admettre à son égard la condition ré-

solutoire, comment cette condition serait-elle admissible, dès qu'elle est introduite par le fait et la volonté des parties qui l'ont stipulée dans l'acte? Les inconvénients se présentent en foule : le partage résout les premiers droits consentis par les cohéritiers non alotis. Un intérêt très respectable commande cette résolution. — La condition prévue par les copartageants se produit, une nouvelle résolution atteindra les droits consentis après l'acte de partage. La conséquence sera moins justifiée cette fois. Les premiers droits résolus lors de l'acte de partage revivront-ils? Quoi qu'il arrive, cette succession de résolutions, enchevêtrées les unes sur les autres, paraît impossible à admettre.

La solution que nous défendons, tout hasardée qu'elle paraisse, concorde absolument avec celles précédemment admises.

§ 2. *Conséquences de l'effet déclaratif.*

I. *Hypothèques.* — L'application de l'article 883 conduit, en ce qui concerne l'hypothèque, à une série de conséquences naturelles.

Tous les copartageants reçoivent leurs lots francs et quittes des charges provenant d'autres communistes. Ainsi s'éteignent, non-seulement les hypothèques conventionnelles; mais aussi les hypothèques légales ou judiciaires, établies sur un bien mis au lot d'un communiste étranger à leur création.

Si l'objet hypothéqué tombe au lot du constituant, le droit est confirmé. Le plus souvent un communiste

engage son droit indivis. Il faut alors, le cas échéant, consulter l'intention des parties, si l'on veut savoir la portée de l'hypothèque. D'après cette intention, l'immeuble mis au lot du constituant sera tantôt engagé tout entier, tantôt engagé dans la mesure du droit indivis. En cas de doute, on doit considérer la constitution comme ayant donné hypothèque éventuelle sur le tout.

Le créancier hypothécaire dépouillé par l'événement du partage n'a droit à aucun recours. Il ne pourrait user du bénéfice de l'article 2131 et réclamer des sûretés nouvelles.

Au cas où le bien hypothéqué advient à un héritier autre que l'héritier débiteur, on pourrait entendre que l'hypothèque fût reportée sur la part attribuée à ce débiteur. Ce résultat ne doit être admis que si l'hypothèque est générale.

Toutes ces conséquences, ainsi que celles qui suivent, s'appliqueraient à tous autres droits réels.

a). Soit une cession de droits successifs faite par un héritier à un tiers. Le cessionnaire, avons-nous dit, subrogé au lieu et place du cédant, doit être placé dans la même situation que ce dernier. Il suit que si le cédant avait hypothéqué sa part, l'hypothèque suit cette part aux mains du cessionnaire, et se consolide ou s'évanouit, selon le résultat du partage ou de la licitation. Quant aux droits consentis par les autres cohéritiers, le cessionnaire est gardé contre eux comme l'aurait été le cédant lui-même.

b). Si le cessionnaire est un des cohéritiers (nous supposons le cas où la cession ne vaut pas partage), la

situation se complique un peu. *Pendente indivisione*, les hypothèques du chef du cédant subsistent. Cela ne souffre aucune difficulté puisque l'opération est une vente. Plus tard, le partage se fait; s'il a lieu en nature, il détermine la part du cohéritier cédant; il la convertit en un lot distinct qui est recueilli par le cessionnaire. Sur ce lot, les hypothèques s'exerceront.

Mais si l'indivision est rompue par une licitation, qu'arrivera-t-il? Ou bien un colicitant se rend adjudicataire; les hypothèques sont résolues. En effet, la cession antérieure n'a pas fait cesser l'indivision. La licitation a rétroactivement effacé, au profit du communiste devenu seul propriétaire tous les droits sans distinction qui étaient l'œuvre de ses anciens copropriétaires. — Ou bien, c'est le cohéritier cessionnaire qui devient adjudicataire. Nous pouvons supposer qu'il avait pour sa part droit à un tiers; il a acheté le droit à un autre tiers, la licitation lui donne le tout. *Quid* des hypothèques consenties par le cédant? La réponse à cette question dépend de celle que l'on doit faire sur cette autre : Est-ce le droit du cessionnaire ou le droit du cédant qui se détermine par la licitation-partage? La réponse semble facile. Il est évident que le cohéritier cessionnaire n'a jamais abdiqué sa vocation personnelle. La cession faite à son profit, ne lui a rien enlevé de ce côté. S'il devient adjudicataire sur licitation, c'est son droit propre qui s'accroît et se consolide en vertu du titre antérieur d'indivision. La conclusion s'impose : notre cohéritier n'est pas plus lié par les faits de son cédant que par ceux des autres colicitants (*Sic.* Berthauld, § 315. — Demolombe, *Succes.*, t. V,

§ 288. — Aubry et Rau, VI, § 625, n° 26. — Caen, 17 nov. 1841).

c). La jurisprudence refuse de considérer comme partage l'acte même consenti entre tous héritiers qui ne fait pas cesser définitivement l'indivision (V. *suprà*).

Dans sa doctrine la plus absolue, la Cour de cassation (8 mars 1829, 16 mai, 6 novembre 1832, 13 août 1838), décide que les hypothèques et autres charges consenties durant l'indivision sont purement et simplement maintenues, après le premier acte.

Dans un arrêt du 29 mars 1854 (S. 56, 1, 49), elle a jugé — c'est la doctrine développée plus tard par M. Labbé, — que les hypothèques étaient maintenues conditionnellement, sauf à disparaître, par l'effet du partage du surplus à intervenir plus tard; l'acte tout entier n'ayant du reste, lui-même, quant à présent, aucune nature précise et devant prendre celle de l'acte ultérieur.

Nous n'avons pas admis ces distinctions sur la nature du premier acte. Fidèles à notre théorie, nous déclarerons donc éteintes les hypothèques, en tous les cas où nous avons décidé reconnaître un partage.

Dans l'espèce que nous venons d'examiner la dernière, notamment, nous dirons : L'hypothèque consentie par l'héritier aportionné cesse de grever les biens restés indivis entre les autres cohéritiers, de même que les charges du chef de ces derniers sont éteintes sur sa propre part.

Nous relevons, sur l'arrêt de Cassation de 1854, l'observation suivante : « L'assimilation du partage à » la vente ou à l'échange est contraire à la nature même

» des choses. Car, dans la vente ou dans l'échange,
» l'acheteur ou l'échangiste, avant le contrat, n'avait
» rien dans la chose que ce contrat lui fait acquérir;
» tandis que le copartageant, au moment du partage,
» avait déjà dans la chose qui lui est attribuée, comme
» dans la totalité des choses communes, un droit in-
» déterminé que le lotissement vient restreindre aux
» objets qu'il détermine. D'où il suit que, *chacun des*
» *héritiers ou communistes, n'ayant pu hypothéquer à*
» *ses créanciers son droit de copropriété que tel qu'il le*
» *possédait lui-même, les hypothèques qu'il lui a con-*
» *férées ont dû pareillement se restreindre aux objets qui*
» *forment son lot par application de la règle : Nemo*
» *plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* »

Cette observation, toute générale, établit une fois de plus que la règle du partage déclaratif, loin d'être arbitraire, n'est que le corollaire indispensable du droit d'indivision.

- Il nous reste sur ce chapitre des hypothèques, deux questions des plus controversées :

d). Quid au cas où le bien indivis, licité, est adjugé à un étranger?

L'acte, en soi, est une vente, non un partage. Les hypothèques suivent donc le bien aliéné entre les mains du tiers-acquéreur. Pas de doute, sur ce point (Demante, III, 225 *bis*, IV). L'adjudicataire reste, bien entendu, libre de procéder à la purge.

Mais, doit-on dire que chacun des copropriétaires est réputé vendeur pour sa part, si bien que le tiers-acquéreur pourrait se voir poursuivi du chef de chacun d'eux par les créanciers hypothécaires, ou bien, au

contraire, faut-il décider que le partage du prix de licitation, détermine rétroactivement la part d'immeuble dont chaque cohéritier a pu disposer valablement et par là même donne la mesure des droits des créanciers hypothécaires; à tel point que si tel héritier n'a aucune part à la distribution du prix, les hypothèques de celui-ci n'ont aucun effet?

M. Demante fait une distinction qui nous semble très équitable. La vente sur licitation peut suivre une liquidation générale des droits des cohéritiers, déterminative de la mesure du droit de chacun. En ce cas, il faut s'en tenir à cet acte antérieur, et décider que l'immeuble transmis est affecté aux hypothèques existantes du chef de chacun dans la limite de la part que leur a faite la liquidation. — Le plus souvent, la licitation n'est qu'une opération préparatoire au partage pour faciliter la liquidation. En ce cas, on doit considérer la vente comme faite pour le compte de la masse, et laisser à déterminer par l'événement du partage lequel ou lesquels des copartageants seront vendeurs, et par suite quels seront les créanciers hypothécaires dont les droits seront affermis : ce résultat découle de l'article 883.

Cette question met en pleine lumière l'intérêt que peuvent avoir des tiers ayants-cause des cohéritiers à repousser l'application du principe.

Pour éviter toute contestation, il sera très sage d'insérer dans le cahier des charges qui accompagne la licitation une clause au moyen de laquelle l'acquéreur connaîtra ceux ou celui des copartageants qu'il devra considérer comme vendeur. Cette pratique est recommandée partout (Demante, *loc. cit.*; Aubry et Rau, § 625, n. 25).

Cette précaution manquant, des hypothèques établies durant l'individu sur un immeuble licité à un étranger, celles-là subsistent qui l'ont été par un cohéritier qui prend part à l'attribution du prix. Il suit, au point de vue des créanciers hypothécaires, que ceux de l'héritier apportionné peuvent seuls provoquer la vente contre le tiers-acquéreur, et user en général de toutes les prérogatives que comporte le droit d'hypothèque. Si le créancier de l'un des cohéritiers prétendait d'abord exercer quelque poursuite, il devrait préalablement provoquer le partage de la succession, afin de faire établir si son auteur avait des droits, et si lui-même en a quelque'un à exercer comme son ayant-cause (V. Cass., rej., 16 févr. 1833).

M. Demolombe exagère la solution que nous venons de donner. Il refuse, même au créancier de l'héritier participant à l'attribution du prix, le droit de poursuivre le tiers-acquéreur. Il lui reconnaît bien l'exercice de son droit de préférence sur la portion attribuée à son auteur; mais il le déclare déchu de son droit de suite (Demolombe, *Succ.*, V, § 273). Au point de vue des hypothèques constituées par des cohéritiers auxquels il n'est fait aucune attribution du prix, le fond de la doctrine de cet auteur est conforme à celle que nous avons exposée ci-dessus. Ces hypothèques n'ont aucun effet.

Le système précédent a des contradicteurs très sérieux, notamment M. Berthauld (§ 328) et M. Colmet de Santerre (*Rev. crit.*, t. IV, p. 490). Si nous ne nous trompons, M. Berthauld ne s'attache pas à démontrer que les créanciers hypothécaires du cohéritier non aloti sur la licitation peuvent tenir en échec les dispositions du règlement liquidatif du prix entre les cohéritiers,

et faire concourir leur hypothèque avec celles des créanciers des cohéritiers apportionnés. On devrait, ce nous semble, aller jusque-là, si l'on admet que l'acte postérieur qui fixe les droits des cohéritiers sur le prix de vente, n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires antérieurs. M. Berthauld soutient seulement que ces créanciers conservent le droit d'exercer leur hypothèque, droit absolument indispensable, dit-il, puisqu'il constitue le seul moyen de s'assurer que le bien licité a atteint sa plus haute valeur. « Sur l'excédant du » prix qu'une surenchère amène, n'est-il pas possible » que le débiteur ait une part dont profiterait l'hypothèque » (§ 328 *in fine*)?

Aussi bien, voici le système :

Le tiers adjudicataire peut avoir purgé : l'adjudication sur licitation peut avoir été suivie d'une surenchère du sixième. Le prix est irrévocablement fixé. M. Berthauld reconnaît que le créancier hypothécaire de l'héritier non aloti ne peut agir. C'est bien certain. La théorie du partage ne peut plus recevoir d'application ici quant au droit de suite. Cependant, quant au droit de préférence, la question est entière. Il reste un prix à distribuer, et la question de savoir si la distribution à tels ou tels créanciers dépend ou non du partage du prix de vente est débattue.

Mais M. Berthauld qui prend surtout à partie M. Demolombe, dont l'opinion est en effet trop absolue en ce qui concerne les créanciers des cohéritiers apportionnés sur le prix, auxquels il refuse le droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur qui n'a pas purgé, M. Berthauld, disons-nous, au cas où l'adjudicataire n'a pas purgé, affirme de son côté que le créancier du cohéri-

tier non apportionné conserve un droit de poursuite, partant conserve son droit hypothécaire.

Il dit : « L'adjudicataire ne saurait invoquer l'article » 883. Il ne tient pas l'immeuble du défunt. Il le tient » des cohéritiers qui ne le lui ont transmis que grevé » des droits qu'ils avaient concédés. Si l'on soutient que » les véritables vendeurs sont déterminés par l'acte » liquidatif, il faut répondre que cet acte liquidatif ne » juge ni ne préjuge que le prix est l'exacte représen- » tation de la valeur de l'immeuble. Il faut donc donner » aux créanciers hypothécaires le moyen d'établir que » le prix n'est pas élevé comme il le devrait... » le droit de surenchérir est la meilleure sanction du droit hypothécaire. L'auteur ajoute que le fait d'avoir usé du bénéfice de l'article 882, ou, au contraire, d'avoir négligé de s'en servir, ne fait déchoir les créanciers que d'un droit qu'ils puisaient dans la personne de leur débiteur ; mais il leur reste toujours le droit qu'ils ont de leur chef, le droit qu'ils tiennent de l'hypothèque qui leur a été consentie.

Si fortes que paraissent ces raisons, elles peuvent être réfutées. L'argument tiré de l'article 882 subsiste quoi qu'on fasse. Si la loi autorise l'opposition ou l'intervention des créanciers, c'est certainement afin de les rendre, le partage consommé, non recevables à l'attaquer. S'ils négligent de profiter de cette faveur, il est également indiscutable que l'acte échappe à toute critique postérieure de leur part.

Quant au prétendu droit d'intervention puisé dans une vocation particulière tirée du contrat d'hypothèque consenti pendant l'indivision, il existerait à la vérité, si l'on prouvait que l'hypothèque existe. Or, c'est préci-

sément là toute la question. Le cercle vicieux est manifeste. M. Berthauld s'appuie pour justifier le droit de poursuite du créancier d'un cohéritier non apportionné sur le prix de licitation, sur la qualité hypothécaire du premier. Cette qualité n'existe pas, le résultat du partage du prix l'a détruite, ou plutôt ne lui a pas permis de naître. Au lieu de supposer cette qualité, qui fait tout l'objet de la discussion, il aurait fallu l'établir, et c'est ce qui ne nous paraît pas possible.

Reprenons l'hypothèse : un cohéritier a donné hypothèque sur un bien indivis. A-t-il consenti un droit ferme? Non pas certes, personne ne s'aviserait de le soutenir, et le créancier sait très bien ou doit savoir que son gage est soumis à l'éventualité du partage. L'article 2205 prouve la fragilité et l'incertitude des sûretés que peut consentir un communiste.

Cependant le bien indivis est licité à un étranger. Il est entendu que l'opération ne vaut pas partage; les droits consentis suivent le bien aux mains du tiers acquéreur, mais avec le même caractère fragile et incertain; l'indivision substituant entre les communistes on ne sait encore du chef de qui des charges ont pu être consenties. En somme, nous sommes en présence d'une vente faite pour la masse héréditaire, et d'un prix qui remplace l'immeuble.

M. Colmet de Santerre, qui prétend maintenir les hypothèques des créanciers des cohéritiers non apportionnés, conteste cette subrogation; ou s'il l'admet c'est pour dire qu'elle substitue un droit divisé par sa nature à un droit indivis : de telle façon que les héritiers sont déclarés instantanément propriétaires exclusifs chacun de leur part héréditaire, ce qui prouve qu'ils ont pu l'engager

valablement. En admettant, en règle générale, que les créances héréditaires ne soient pas soumises au partage, dans l'espèce, on peut très bien contester l'application de la théorie; le prix de licitation d'un immeuble indivis n'est pas à proprement parler une créance héréditaire. — Les faits obligent à reconnaître que le prix d'adjudication remplace l'objet héréditaire vendu, et tombe sous l'application des règles du partage comme y serait tombé l'objet lui-même. Aussi bien ne voyons-nous pas d'autre moyen de déterminer les droits restés jusque-là incertains des communistes et de leurs ayants-cause. L'attribution du prix de licitation faite à certains héritiers à l'exclusion de certains autres ne peut du reste se justifier, quoi qu'en dise notre professeur, qu'autant qu'on suppose les héritiers apportionnés, avoir été seuls propriétaires de l'immeuble licité.

La critique détaillée que nous venons de faire nous autorise à maintenir le système que nous avons établi tout d'abord; à savoir, que les hypothèques consenties pendant l'indivision tombent si le bien indivis ayant été licité à un tiers, le débiteur ne participe pas à la distribution du prix.

Du reste, ce système est très conforme à l'esprit de la loi. Il est clair que si l'adjudicataire pouvait être évincé par tous les créanciers particuliers des héritiers, les héritiers qui n'ont pas de créanciers souffriraient un préjudice sérieux, tant à cause des conditions désavantageuses que ferait à la vente une semblable menace, qu'à cause des recours que pourrait amener cette éventualité. — La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en ce sens, notamment dans un arrêt de la Cour de Grenoble du 19 août 1863 : « Attendu, dit la Cour,

» que si la vente est consentie solidairement par tous
» les héritiers, il n'est pas fait de division, ni des im-
» meubles, ni du prix; que l'indivision subsiste com-
» plètement à l'égard de cette portion de l'hérédité;
» que dès lors cette vente n'est qu'un acte préparatoire
» au partage, et une simple substitution d'une créance
» à un immeuble; que par suite aucune portion de cet
» immeuble n'a été atteinte.... par l'hypothèque du
» créancier dont l'auteur ne participe pas à la distribu-
» tion des prix..... » (Comp. Douai, 5 juin 1866, S.
67, 2, 257; Aubry et Rau, t. VI, § 625, texte et note 25).

e). Au cas où un immeuble indivis a été licité à un copartageant, faut-il déclarer absolument nulle l'hypothèque consentie par les autres héritiers, sans distinguer entre le droit de suite et le droit de préférence; ou bien au contraire, tout en reconnaissant éteint le droit de suite, maintenir le droit de préférence? Pratiquement, il s'agit de savoir si la portion du prix d'adjudication revenant au constituant non adjudicataire, doit être distribuée au marc le franc entre tous ses créanciers sans tenir compte des hypothèques. — Cette question a fait naître deux opinions bien tranchées, appuyées l'une et l'autre d'un nombre respectable d'arrêts. Elle touche, sans conteste à l'interprétation de l'article 883.

La première opinion soutient que les créanciers hypothécaires du colicitant peuvent demander une distribution par voie d'ordre. L'équité, l'esprit de la loi ne s'y opposent pas. L'esprit de la loi! il est bien connu. On a voulu protéger certains intérêts pratiques, assurer la stabilité de la propriété, éviter surtout toutes actions récursoires entre cohéritiers. Ces résultats ne sont pas com-

promis; on ne touche pas au principe, on ne permet pas aux créanciers hypothécaires d'exercer leur droit à l'encontre de l'adjudicataire. Mais, n'est-il pas équitable, le droit de suite, qui est seul dangereux, étant écarté, de permettre au créancier d'invoquer sur le prix son droit de préférence? Pourquoi le dépouiller d'une garantie qui lui a été, somme toute, valablement consentie? Il ne s'agit plus ici que des rapports entre créanciers d'un même héritier; l'article 883 ne les régit pas; en prenant hypothèque, le créancier s'est assuré la préférence à l'égard des chirographaires; puisque son intervention ne peut avoir aucune influence sur les rapports des colicitants, on ne voit aucune bonne raison de le dépouiller de ses avantages. On sait, du reste, que le droit de préférence survit quelquefois au droit de suite.

MM. Aubry et Rau, partisans de cette opinion, ajoutent cette raison de droit : la force des choses s'oppose à ce que l'article 883 s'applique aux créanciers du colicitant; en effet, la portion du prix n'est pas une valeur de la succession; il est donc impossible d'y appliquer le principe de rétroactivité; de considérer le cohéritier auquel elle doit être payée comme l'ayant reçue directement du défunt, et comme n'ayant jamais eu aucun droit dans l'immeuble dont il est la représentation partielle. (Aix, 1875, S., 1835, 2, 267; Rodière, *Revue de législ.*, 1853, p. 309; Aubry et Rau, § 625, texte et n. 24; Alger, 4 avril 1877, S. 80, 2, 145, note Labbé sur cet arrêt.)

L'opinion contraire est la nôtre. La dernière critique de MM. Aubry et Rau ne nous touche guère. Si elle était exacte, elle conduirait à supprimer absolument l'article 883. Il ne faut pas se demander si la portion

du prix de licitation attribuée au colicitant est une valeur de la succession tenue directement du défunt, mais si le bien licité à un copartageant est advenu à celui-ci en droite ligne du défunt. Or, ce point ne peut être contesté; fiction ou non, l'article 883 commande la solution. Si l'adjudicataire a toujours été propriétaire exclusif du bien licité, il est clair que les colicitants, n'ont jamais eu aucun droit dans l'immeuble. Du reste, si on leur en reconnaissait, ce n'est pas seulement le droit de préférence, mais aussi le droit de suite qu'il faudrait accorder à leurs créanciers. Si le colicitant n'a jamais eu la propriété, il n'a pas pu consentir une hypothèque (2425).

En principe, l'article 883 s'applique-t-il entre les ayants-cause des copartageants? On peut discuter là-dessus; nous ne voyons pas, quant à nous, de distinction dans la loi; mais, quand il serait démontré qu'il en faut faire, au cas présent, elle ne s'appliquerait pas.

On a trouvé, dit-on, divers exemples du droit de préférence survivant au droit de suite. D'accord, mais en des cas où l'hypothèque comme droit principal avait été constituée valablement. Dans l'espèce, qu'avons-nous? Une hypothèque éventuelle à laquelle la licitation faite à un cohéritier met obstacle, en faisant tomber la propriété casuelle qui devait lui servir de support. Personne n'admettra qu'un non-propriétaire puisse constituer un droit d'hypothèque d'espèce particulière donnant au créancier un simple droit de préférence.

La portion du prix d'adjudication mise au lot d'un colicitant devra donc être distribuée au marc le franc entre tous ses créanciers, sans tenir compte d'aucun

droit de préférence. C'est ce qu'a décidé la Cour d'Angers par un arrêt des mieux motivés : « Att.... que le » système contraire manque de logique et se dément » lui-même puisqu'il implique contradiction de dire » d'une part que le principe déclaratif du partage est » étranger aux tiers, et de reconnaître de l'autre qu'il » peut pourtant réaliser leur hypothèque en lui enlevant le droit de suite ; mais qu'il manque surtout de » base pour asseoir légalement le prétendu droit de préférence, une hypothèque résolue par la licitation ne » pouvant pas plus qu'un droit de suite engendrer un » droit de préférence qui ne serait en dernière analyse » qu'un *droit hypothécaire sans hypothèque*, c'est-à-dire » un effet sans cause..... » (Angers, 8 mars 1876, S. 77, 2, 169. — Comp. Lyon, 14 févr. 1853, S. 53, 2, 381 ; Paris, 11 janv. 1867, S. 67, 2, 358 ; Caen, 18 mai 1877, S. 78, 2, 141. Demolombe, V, § 320 ; Laurent, t. X, 419).

II. *Aliénations*. — Au lieu de consentir une hypothèque, le cohéritier peut aliéner son droit indivis. Quel sera le sort de l'aliénation ? *A priori*, il semble bien qu'il faut donner à cette question la même solution que pour les hypothèques et autres droits réels. En effet, si le partage à intervenir vient déclarer que l'héritier vendeur n'a jamais été propriétaire du bien dont il a disposé, la vente doit tomber comme vente de chose d'autrui. Ce résultat est admis par la grande majorité des auteurs. Cependant il a été contesté ; l'écrit, cité partout, où l'opinion contraire est développée avec un rare talent, est un article de M. Ferry, *Thémis*, 1828, t. VIII, p. 49). Bien que la controverse

intéresse surtout l'école, nous la traiterons parce qu'elle touche de très près au principe de l'article 883.

Après avoir rappelé les conséquences salutaires du principe Français par opposition à celles du principe Romain, M. Ferry établit qu'à raison précisément de son utilité pratique, « l'action de l'article 883 est nécessairement déterminée par l'étendue même de l'ancien principe dont cette fiction tient la place. »

Je ne conteste pas, prétend-il, l'exactitude du raisonnement de mes adversaires. Ils disent : « D'après » l'article 883 chaque cohéritier est censé avoir succédé » seul aux effets mis dans son lot, comment donc alié- » ner ce qui est censé ne nous avoir jamais appar- » tenu? » Très bien, mais il faut prendre garde que l'article 883 ne s'applique qu'aux objets indivis qui viennent effectivement au partage. Or, l'aliénation par un cohéritier de sa part indivise, soustrait cette part à l'action *familiæ erciscundæ*. On ne partage, en effet, que les biens communs. On dit que l'aliénation est conditionnelle parce qu'on suppose que les objets aliénés sont compris dans le partage. Or, je soutiens précisément que cette supposition ne se justifie pas. Par l'aliénation d'une part indivise on cesse d'être copropriétaire quant à cette part, de là plus de partage avec le cohéritier vendeur, et pas d'application de l'article 883. La constitution d'une hypothèque, n'a pas le même résultat; le constituant reste toujours copropriétaire, d'où partage et l'article 883 s'applique. Du reste, on comprend à merveille qu'il puisse être avantageux de faire tomber un droit consenti par un cohéritier, qui s'en va grever le lot d'un autre cohéritier que le constituant. Mais, peut-on supposer une aliénation qui

aurait fait l'acquéreur propriétaire d'un bien indivis, lequel bien le partage déclarerait appartenir au cohéritier du vendeur. C'est là un résultat impossible par lui-même, et l'article 883 n'a pas été fait pour l'empêcher. L'hypothèque et l'aliénation sont deux maux différents qui n'ont pas le même remède.

Il faut dire, comme à Rome, que les objets aliénés ne sont pas compris dans le partage (l. 54, *F. erisc.*; l. 25, § 8, *F. erisc.*; l. 3, *C. Divid.*), ce qui implique que les aliénations ne sont pas résolues. Notez que la disposition de la loi romaine ne dépendait absolument pas du principe translatif; la loi 54 de Neratius la faisait dériver de cette idée que la communauté était rompue. « *Alienatione meæ partis exiit de communione.* » Mais si ce n'est pas l'ancien principe qui excluait du partage héréditaire les objets aliénés, le nouveau principe, tout contraire, ne doit pas les y faire comprendre, étant donné que l'un et l'autre opèrent entre les mêmes personnes, dans les mêmes circonstances et sur les mêmes objets.

M. Ferry repousse du reste l'argument qui peut être tiré contre son système de l'article 2205, et voit dans cet article une de ces dispositions assez nombreuses dans le Code où la loi vient au secours du débiteur.

On oppose, dit-il, l'indivisibilité de l'action en partage. Mais autre chose est dire qu'on doit partager toute la masse indivise, et dire que cette masse indivise ne peut diminuer. Elle le peut si bien que des objets qui ont péri par cas fortuit seront nécessairement éliminés du partage (Ici la formule de l'auteur a dû trahir sa pensée).

Si les objets aliénés sont sortis d'indivision du fait

du cohéritier vendeur, ils ne seront pas compris à la masse, voilà tout. N'est-il pas vrai, du reste, que tout propriétaire peut disposer de sa chose? Le copropriétaire dispose donc, car il n'existe pas de prohibition qui l'en empêche. « Pour admettre le contraire, on serait » réduit à soutenir qu'avant le partage, le droit de » propriété indivise ne repose pas déterminément sur » chacun des objets héréditaires; qu'il n'a qu'une exis- » tence générale sur la masse et que le partage peut » seul le déterminer et l'individualiser... »

Nous arrêtons M. Ferry sur cette observation. Le droit d'indivision est précisément tel qu'il le suppose ici. Avant de savoir si la part aliénée de tel ou tel objet héréditaire est sortie de l'indivision, il faut savoir si le cohéritier vendeur a eu quelque droit à faire valoir sur cet objet. Pratiquement, le système précédent rompt manifestement l'égalité et compromet les bons rapports qui doivent exister entre cohéritiers. Soient deux immeubles indivis A et B entre deux cohéritiers Primus et Secundus. Primus vend à Tertius sa moitié indivise sur l'immeuble A; si la vente est maintenue Secundus est réduit à partager avec Tertius acquéreur l'immeuble A. Il perd l'espoir légitime qu'il aurait pu nourrir de se voir attribuer, si les deux immeubles étaient de même valeur, l'un des deux en totalité.

Dans le système de M. Ferry, il dépendrait d'un des cohéritiers qui, peut-être, à raison des rapports par lui dus, n'aurait rien à prétendre dans la masse, de s'attribuer par l'aliénation une part de biens en nature et de rendre ainsi illusoire le droit de préférence accordé à ses cohéritiers (Demante, 225 *bis*, V).

Peut-être pourrait-on dire que le système romain

du partage translatif était beaucoup moins étranger qu'on ne pense à la solution donnée par la loi 54 ci-dessus citée. Si précisément le cohéritier vendeur peut faire sortir d'indivision quant à lui tel ou tel bien héréditaire, c'est qu'il a sur chaque molécule du bien indivis, un droit solide et déterminé. Chez nous, ce résultat n'est pas possible parce que le droit d'indivision a un caractère tout différent. Il importe du reste assez peu que ce soit ou non en vertu d'une fiction.

Le cohéritier qui fait une aliénation concède donc un droit fragile, soumis à l'éventualité du partage. Ce point qui se défend encore par un argument tiré de l'article 2205, était du reste absolument certain dans l'ancien droit (Lebrun, liv. IV, ch. 1, n° 21; Basnage, *C. de Normandie*, art. 336. — V. Cass., 13 février 1838; Mourlon, II, § 482, note; Demolombe, *Succ.*, V, 306).

III. *Conséquences au point de vue de la transcription.*

— Aux termes de l'article 1^{er}-4^o de la loi du 25 mars 1855 sur la transcription hypothécaire, le jugement d'adjudication rendu au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant est dispensé de la formalité de la transcription. Le principe originel de cette décision est que les partages ne constituent pas des actes de mutation, et, comme tels, n'ont pas besoin d'être rendus publics.

La disposition qui dispense les partages de transcription a été vivement critiquée. Mourlon dit, au sujet des raisons invoquées pour justifier cette exemption, qu'il n'a rien vu « de plus inintelligible, de plus faux, de plus extraordinaire et de plus nul. » L'observation n'est pas des plus courtoises. Il faut cependant reconnaître que la loi de 1855 a été un peu im-

prévoyante. En n'obligeant pas les copropriétaires à rendre public le partage consommé, elle rend possible la fraude suivante : Un tiers peut contracter avec un héritier qu'il croit encore copropriétaire, tandis que depuis déjà plusieurs jours le partage est effectué. Demande-t-il l'exécution de son contrat? on lui répond que son auteur n'avait aucun droit. Si le tiers avait eu le moyen de consulter un registre où le partage aurait été transcrit, il n'aurait pas été victime de cette fraude.

On a du reste remarqué qu'en ce qui touche la combinaison des partages avec l'institution du Crédit foncier, ils ne se séparent nullement des actes translatifs de propriété. Le partage, en effet, tout déclaratif qu'il soit, fait disparaître la propriété incertaine des uns en même temps qu'il consolide celle de certains autres; les tiers n'ont-ils pas intérêt de ce chef à le connaître? La loi du 11 brumaire an VII avait laissé les partages sous le régime de la clandestinité. Mais sur les observations de plusieurs Cours, lors de la discussion du projet qui devait aboutir à la loi de 1855, on avait songé à rendre la publicité des partages obligatoire. Ces préoccupations indiquent qu'il y a de bonnes raisons de soumettre le partage à la formalité de la transcription. Quoi qu'il en soit, le législateur de 1855 n'a pas admis l'innovation proposée. Sa pensée déjà très clairement exprimée dans l'article 1^{er}-4^o de la loi, a trouvé sa formule la plus précise dans les paroles de son rapporteur : Si nous ne soumettons pas le partage à la transcription, dit celui-ci, c'est que la formalité ne présente aucun intérêt. Le créancier particulier de l'héritier qui aurait pris inscription avant

la transcription du partage pourrait-il opposer son contrat au partage? On voit bien que ce résultat n'est pas possible, parce qu'il porterait une atteinte directe au principe de l'article 883. Il est donc inutile d'exiger une formalité sans intérêt. Du reste, dit le rapporteur, les créanciers de l'héritier ont une sauvegarde; l'article 882 les garantit absolument contre toutes les manœuvres frauduleuses des cohéritiers. — L'argument peut être bon pour les créanciers dont les droits sont nés durant l'indivision, il est insuffisant pour ceux qui contractent après.

La dispense de l'obligation de transcrire tient donc essentiellement dans le système des législateurs de 1855 à la théorie du partage déclaratif. On ne transcrit pas le partage, parce que les contrats mutatifs sont seuls soumis à cette formalité et le partage est un contrat déclaratif..... « elle (la transcription) a été re- » poussée par cette considération que, dans notre » droit, le partage est déclaratif et non attributif de » propriété, que cette (fiction) est la base des règles » et des effets du partage et que les changer serait » porter le trouble dans les dispositions du Code ci- » vil..... »

L'esprit de la loi de 1855 commande, en dehors du cas spécial prévu dans l'article 1^{er}-4^o, d'exempter de la transcription tout acte tenant lieu de partage.

Les auteurs font l'exemption plus ou moins large. Elle se mesure d'après le plus ou moins grand nombre d'actes qu'ils disent être régis par l'article 883 (Mourlon, I, 42, 179 à 199, *Traité de la transcription*).

L'héritier bénéficiaire adjudicataire sur licitation d'un immeuble héréditaire, doit-il faire transcrire? La

solution de cette question dépend surtout de la réponse faite à cette autre : L'héritier bénéficiaire adjudicataire doit-il être considéré comme un tiers? Dans le même ordre d'idées, on se demande s'il peut purger. Nous avons déjà signalé cette controverse. L'héritier bénéficiaire, en se portant adjudicataire, nous paraît consolider le droit propre qu'il a puisé dans la saisine. Il n'est donc pas un tiers; comme tel, il n'est donc pas obligé de transcrire (V. sur ce point, très controversé, Labbé, *Rev. crit.*, VIII, p. 216; Aubry et Rau, II, § 209, n. 42; Demante, 169 *bis*; Cass., 12 janv. 1876; Devill., 1876, I, 81).

§ 3. *L'article 883 s'applique-t-il aux créances?*

L'article 1220 du Code civil dispose d'une façon générale. Les créances héréditaires, divisibles, se divisent de plein droit entre les héritiers dans la proportion de la part pour laquelle chacun est appelé. Le texte fait directement échec à celui de l'article 883. Il est clair que s'il doit être appliqué à la matière du partage, il ne sera plus vrai de dire que la répartition ultérieure des créances faite entre les cohéritiers, au gré de leurs préférences, sera déclarative de propriété. Mais, d'autre part, les termes mêmes de l'article 883 ne font aucune distinction. Ils appliquent le principe déclaratif à tous les effets de la succession.

En présence de ces deux dispositions contradictoires, les interprètes ont dû prendre une décision. Les intérêts pratiques, comme nous le verrons du reste, sont mul-

tiples. Quatre systèmes principaux ont été produits : deux systèmes absolus consistant à sacrifier, l'un, l'article 883, l'autre l'article 1220; deux systèmes de distinction qui prétendent les appliquer l'un et l'autre dans la mesure que le droit et l'équité commandent.

Voyons les deux systèmes absolus :

a). On a soutenu que l'article 883 seulement applicable aux biens corporels, meubles ou immeubles, ne régissait pas les créances. En principe, dit-on, les biens indivis seuls se partagent. Dans l'espèce avez-vous indivision? Non certes, puisque la loi, dans sa toute-puissance, fait elle-même l'attribution des droits incorporels aux divers cohéritiers. L'article 883 est un remède contre les résultats et les dangers provenant de la communauté et pouvant y survivre : réservez votre remède pour les cas où le mal existe. Il n'existe pas ici, la loi a pris soin de le prévenir. Que si l'on oppose à ce système l'article 832, qui comprend au nombre des objets à partager les créances elles-mêmes, il est répondu que cette disposition n'a rien à voir avec l'effet déclaratif. Le droit romain, pour qui les créances se trouvaient de plein droit partagées, les comprenait cependant au partage, puisque le juge pouvait les attribuer à tels ou tels héritiers qui les exerçaient, *partim proprio nomine*, *partim procuratorio nomine*. L'ancien droit français suivait la même règle. Si la loi, dans l'article 832, exprime le désir de voir mettre en chaque lot une quantité égale de mêmes valeurs, elle obéit peut-être à des raisons particulières; mais en tout cas, elle ne dit mot du caractère juridique que prend l'attribution faite entre les cohéritiers, et rien ne nous autorise à donner

à cette attribution le caractère déclaratif. L'article 832 indique un procédé de partage, mais il est complètement étranger aux effets de ce partage.

Ce système rétablit, en somme, celui des Romains quant aux créances. Il doit être particulièrement cher aux interprètes qui soutiennent avec le plus de vivacité la théorie de la fiction sur l'article 883. Il aboutit à faire de la répartition des créances entre les cohéritiers une véritable cession à laquelle il applique toutes les règles ordinaires en cette matière. Ainsi 1° l'opération n'est opposable aux tiers qu'après la signification prescrite par l'article 1690. Ce premier effet domine tous les autres; 2° le débiteur qui paie avant la signification de l'acte la part divisée à laquelle un cohéritier a droit paie valablement; 3° la compensation intervenue dans le même délai entre un débiteur et un cohéritier produit son effet; 4° la remise de sa part de dette par un cohéritier dans les mêmes conditions est valable. Il faut en dire autant d'une main-levée d'hypothèque; 5° la cession de sa part de créance faite par un cohéritier prévaut contre l'acte de partage, à condition d'être signifiée à temps, c'est-à-dire avant la signification du partage lui-même; 6° la saisie-arrêt faite par un tiers sur un débiteur du chef d'un cohéritier est maintenue, sauf la même condition.

Telle est l'interprétation de Duranton : « Tout ce » qui se fait après la division légale de l'article 1220 » est valable sans doute entre cohéritiers comme cession ou mandat, mais voilà tout, et sans préjudice du » droit des tiers de faire valoir contre l'héritier cessionnaire des parts de ses cohéritiers, les compensations » qu'ils auraient pu opposer au cohéritier cédant. »

6). On oppose à ce premier système un autre diamétralement contraire. Celui-ci ne tient aucun compte de l'article 1220 et donne à l'article 883 une portée absolue. Il faut reconnaître que cette interprétation, dans son principe, a pour elle et le texte et l'esprit de la loi. Le texte : la rédaction du Code ne laisse aucune place au doute; le mot « effets » de l'article 883 n'est-il pas absolument général et ne s'applique-t-il pas également aux créances et aux objets incorporels? Bien mieux, l'expression « effets mobiliers » est habituelle aux jurisconsultes dès qu'ils veulent désigner les créances.

L'article 832 et l'argument qu'on en tire n'ont pas été suffisamment réfutés dans la doctrine précédente. On ne peut pas contester que les créances doivent être comprises dans la masse pour la formation des lots. La distinction qu'on prétend établir se justifie-t-elle? Il est bien difficile qu'un même acte par lequel on distribue à la fois et des biens corporels et des créances, de telle façon que la mesure de l'alotissement en biens corporels tient souvent à la mesure de l'alotissement en biens incorporels, il est bien difficile, disons-nous, d'admettre que ce même acte, formant un tout, soit déclaratif quant à certains des objets qu'il distribue et translatif pour certains autres. N'est-il pas plus simple de dire que l'article 883, absolu dans ses termes, a justement pour but de préciser d'une façon générale les conséquences de cette distribution? L'article 1220, dans ce système, ne décide jamais que sous réserve de l'article 883.

Quant à l'esprit de la loi, n'est-il pas évident qu'il milite en faveur de ce deuxième système? Pourquoi

des droits concédés sur des parts de créances indivises seraient-ils plus dignes de respect et plus inviolables que des droits concédés sur des portions d'immeubles indivis? Si l'on ne s'attache qu'à la nature des choses dont peut se composer la masse partageable, il semble que les éléments immobiliers seront ceux dont l'affectation réelle réclame le plus de stabilité. Pourquoi les copropriétaires d'immeubles indivis ne peuvent-ils consentir que des droits résolubles dans le cas où leur copropriété ne se convertit pas en propriété exclusive? Pourquoi, au contraire, les copropriétaires de créances pourraient-ils consentir des droits incommutables, créer avec des titres résolubles des droits qui ne le sont pas? Ces raisons, empruntées textuellement à M. Berthauld, semblent concluantes; elles doivent, au moins, faire abandonner le premier système.

Quoi qu'il en soit, dans l'opinion qui applique l'article 883 aux créances, on aboutit à des conséquences pratiques qui sont absolument opposées à celles du premier système. En principe, le partage ne constituant pas une cession, n'a pas besoin d'être signifié. Il est opposable, par lui-même, à tous ayants-droit du cohéritier non apportionné.

Ainsi tomberont la compensation opérée entre ce cohéritier et son débiteur, le paiement fait entre le décès du *de cujus* et le partage, la cession même signifiée faite par le même cohéritier, la saisie-arrêt, la mainlevée d'hypothèques, etc.

Plusieurs décisions de jurisprudence ont consacré ces résultats et la doctrine d'où ils ressortent (V. not. Alger, 24 déc. 1877; S. 78, 2, 214; Cass., 20 déc. 1848, S. 49, 1, 179; Cass., 1837, S. 37, 1, 106). — La

cour d'Alger s'exprime ainsi : « Attendu que le texte de l'article 883, son esprit surtout, répugnent à des distinctions qui seraient fondées sur la nature mobilière ou immobilière des biens, objet du partage; qu'il serait difficile de comprendre pourquoi les copropriétaires d'immeubles indivis ne pourraient consentir que des droits résolubles soumis à l'éventualité du partage, tandis que des copropriétaires de créances pourraient consentir, au contraire, des droits incommutables... »

— La jurisprudence, en beaucoup d'autres arrêts, et les auteurs les plus recommandables rejettent les deux systèmes absolus que nous venons d'indiquer. La principale préoccupation des uns et des autres est de laisser à chacun des deux articles 1220 et 883 un terrain d'application limité. Il leur paraît que cette distinction, possible même au point de vue des textes, peut se concilier avec les principes.

Nous avons annoncé deux systèmes mixtes : le premier, défendu par MM. Demolombe, *Succ.*, V, § 294 et s.; Marcadé, 883, n° 5, repose sur l'observation suivante : l'article 1220 régit les actes passés durant l'indivision; les droits acquis aux tiers et régulièrement conservés avant le partage effectué, sont maintenus. Mais, après le partage, l'article 883 reprend tout son empire; on a dit de ce système qu'il pouvait se formuler ainsi : « Quant aux créances, le partage est déclaratif, mais non rétroactif. — Le deuxième, soutenu par M. Demante, 225 *bis*; Aubry et Rau, § 635, n. 7 et 8, distingue entre les tiers vis-à-vis desquels le cohéritier apportionné se trouve. Vis-à-vis du débiteur de la succession, il ne peut opposer l'article 883, vis-à-vis de tous autres il peut le faire. La distinction

ne nous paraît compromettre en rien la théorie du partage déclaratif, nous l'adopterons.

c). Voyons le système dit du partage déclaratif, mais non rétroactif. Il se recommande de conséquences pratiques qui paraissent au premier abord assez équitables. Quant à le justifier au point de vue juridique, c'est à quoi il est assez difficile d'arriver. Les jurisconsultes qui le patronent tiennent que le principe dominant est celui de l'article 1220. La divisibilité des dettes et créances s'applique à toutes les parties du droit, et partout où l'on ne trouve pas une exception formulée, il faut l'appliquer. C'est ce qui arrive notamment pour les dettes héréditaires. On cite même l'article 872 comme preuve de ce fait, que l'attribution faite à un cohéritier d'une part de dettes supérieure à la part qu'il doit légalement supporter en vertu des articles 1220 et 873 combinés, ne fait pas échapper les cohéritiers déchargés à la poursuite des créanciers. Mais quant aux créances, les articles 883 et 832 apportent une dérogation formelle au système de l'article 1220, et cette observation tend à établir que cet article 1220 cesse de recevoir son application dès que le partage est intervenu. De façon que le principe de la divisibilité légale des créances n'a qu'une application provisoire et « s'évanouit devant la division différente et définitive » que le partage conventionnel imprimera à l'ensemble » de l'actif, et qui se substituera rétroactivement à la » première. Sans doute, les droits irrévocablement acquis à des tiers sous l'empire et en vertu de la division légale devront être respectés; mais sauf le maintien de ces droits, cette division n'a de valeur, que

» jusqu'au partage et disparaît devant le résultat de
» ce partage » (Marcadé, 883, § 5).

Il résulte de tout cela, que l'article 883 étant une exception formelle au principe de l'article 1220, le partage des créances est déclaratif, et comme tel, ne constitue pas une cession; partant il n'a pas besoin d'être signifié pour être opposable aux tiers. Mais pour tous les actes faits et parfaits avant l'événement du partage ils sont maintenus; c'est le système de Duranton, sauf cette différence capitale que chez celui-ci la signification seule du partage arrête l'effet des actes passés, tandis que, chez Marcadé, c'est l'événement du partage qui marque le terme. La rétroactivité n'en est pas moins gravement atteinte.

Quoi qu'il en soit, dans cette opinion on est conduit à admettre : 1° que le débiteur pourrait se prévaloir des causes de libération antérieures au partage qui existeront en sa faveur, vis-à-vis des cohéritiers autres que celui dans le lot duquel aurait été mise l'intégralité de la créance, mais non des causes postérieures; 2° que les autres tiers ayant acquis des droits du chef de l'un des cohéritiers, sont également admis à les opposer, dans la mesure du droit héréditaire de leur auteur, à condition toutefois d'avoir rempli les conditions ordinaires de la signification avant l'événement du partage.

Divers arrêts ont décidé en ce sens. On peut citer notamment un arrêt de 1863 de la Cour de Limoges : « Attendu, dit la Cour, que par la combinaison du » double principe de la saisine héréditaire et de la divisibilité, l'héritier a la propriété pleine et absolue de » la créance héréditaire à concurrence de sa part, et

» qu'il est autorisé sans attendre les attributions éven-
» tuelles du partage, à faire valoir les droits qui en
» résultent en sa faveur, à la charge seulement d'établir
» envers le débiteur ou les tiers, l'existence et la quotité
» de son droit comme héritier; que par les mêmes prin-
» cipes la compensation peut s'opérer... indépendam-
» ment des résultats du partage...

» Attendu que d'après l'article 832, il convient de
» faire entrer la même quantité de meubles, d'immeu-
» bles, de droits, créances, etc..., l'article 883 ne com-
» portant aucune distinction..., que sous ce rapport la
» divisibilité légale est subordonnée, quant à ses effets,
» à l'événement du partage et au lotissement des héri-
» tiers; mais que pour les créances la rétroactivité
» ne peut recevoir d'application que relativement aux
» choses mêmes qui font la matière réelle du partage, et
» nullement aux obligations actives que la loi a de sa
» propre autorité précédemment distraites de la com-
» munauté successorale; que ces créances ne peuvent
» rentrer dans la masse que si les choses sont entières,
» et sans préjudice des droits acquis aux tiers dont les
» rapports avec les héritiers sont régis surtout par l'ar-
» ticle 1220..... » (Limoges, 19 juin 1863, S. 63, 2, 193.
Comp. dans le même sens, Cass., 23 février 1864, S.
64, 1, 398; Cass., 4 décembre 1866, S. 67, 1, 5).

Pour équitable que paraisse ce système, il a été jus-
tement combattu. Il contient une double inconséquence.
Si l'article 1220 commande le partage des créances au
prorata de la part héréditaire de chaque cohéritier,
comment peut-on admettre la possibilité d'un nouveau
partage? Comment surtout établir que ce nouveau par-
tage aura l'effet déclaratif sans avoir aussi l'effet ré-

troactif. L'article 883 ne sépare pas ces deux idées qui ne peuvent aller l'une sans l'autre. Comment! vous déclarez qu'une créance de 1,000 fr. est le lot du cohéritier Primus qui la tient du défunt par droit de saisine; vous exemptez naturellement Primus de l'obligation de signifier l'attribution de la créance au débiteur, et vous maintenez d'autre part la cession faite par le cohéritier Secundus de la moitié de ladite créance? Vous ne pouvez déclarer Primus propriétaire *ab initio*, et le dispenser de la formalité de l'article 1690, qu'à la condition de reconnaître que Secundus n'a jamais été propriétaire de la moitié de la créance, partant n'a jamais pu la céder. La rétroactivité du partage est en somme la conséquence forcée de l'idée de déclarativité. On ne peut proclamer la cause et rejeter la conséquence.

On fait, du reste, à cette opinion éclectique, les mêmes objections que nous avons déjà relevées contre le système de Duranton, à savoir que la rétroactivité en matière de créances n'a pas plus d'inconvénients, qu'en matière d'immeubles (Berthauld, §§ 306, 307 et suiv.).

d). L'opinion la plus sage nous paraît être celle qui établit son principe sur le terrain de l'article 883. La seule concession qu'il paraît raisonnable de faire tend à distinguer le débiteur de la succession des autres tiers.

C'est, ce nous semble, ce que propose M. Berthauld, et c'est aussi l'avis de MM. Aubry et Rau. Ces savants auteurs sont revenus à cette idée, à leur quatrième édition, après s'être montré jadis partisans du système précédent (V. t. VI, texte et note 8, § 635).

Au sujet du débiteur de l'hérédité, notons que sa condition ne dépend pas du partage. Quant à lui, la période d'indivision importe peu. « Son lien, je n'ose pas dire son titre, n'est pas l'œuvre d'un communiste ;... l'indivision peut disparaître comme régime juridique, sans que son obligation et les conséquences de cette obligation soient altérées. » C'est bien vis-à-vis de lui que l'article 1220 s'applique. Débiteur du défunt, il le devient de tous les représentants de celui-ci. Sa situation régulière, qu'il tient de son engagement antérieur à la mort du *de cujus*, exige qu'il ait pour créanciers chaque cohéritier pour sa part et portion.

Il suit que, tant que la succession n'a pas été partagée, le débiteur d'une créance héréditaire se libère valablement par le paiement qu'il fait à l'un des communistes de la part de celui-ci dans la créance. Ce paiement est d'autant plus valable que l'article 1240 peut s'appliquer à notre cas.

La part de la créance héréditaire appartenant à un cohéritier se compense de plein droit avec la dette de celui-ci vis-à-vis du débiteur de la succession.

Mais vis-à-vis de tous les ayants-cause directs des communistes, l'article 1220 n'a pas d'application. Il suit qu'ils ne peuvent avoir aucun droit irrévocablement acquis sur la part héréditaire de chaque communiste tant que le partage n'a pas déterminé les parts. Décider autrement, a-t-on dit, serait permettre à un cohéritier débiteur de rapports importants, et à ses créanciers, de frustrer de leur gage légal, par des cessions, ou des saisies-arrêts significées à temps, les autres copartageants. On comprend à la rigueur que des paiements ou compensations ayant éteint la part payée ou

compensée, il ne soit plus possible de comprendre cette part au partage et d'appliquer l'article 883. Mais la cession, comme la saisie-arrêt, n'entraîne pas l'extinction de la part cédée ou arrêtée. Rien n'empêche donc de comprendre cette part au partage. Il faudrait, pour établir le contraire, que la signification ou le jugement de main-vidange ait pour effet de conférer au cessionnaire ou au saisissant un droit définitivement acquis sur la part cédée ou arrêtée. « Comment le cessionnaire ou les créanciers de l'un des héritiers pourraient-ils acquérir sur sa part indivise dans les créances de la succession, des droits définitifs et irrévocables, alors qu'il n'a lui-même sur ces créances qu'un droit soumis à l'effet résolutif du partage? » La signification ou le jugement de main-vidange peuvent assurer ceux qui les font contre les prétentions d'ayants-cause postérieurs, mais non contre les chances de résolution affectant la nature propre du droit cédé. L'inscription d'une hypothèque consentie sur une part indivise, n'assurera évidemment pas cette hypothèque contre l'événement du partage (V. Aubry et Rau, § 635, n. 8).

§ 4. *Influence de l'article 883 sur la société conjugale.*

Les difficultés très graves auxquelles nous faisons allusion ne sont pas relatives à la liquidation de la communauté. L'article 1476 lève tous les doutes sur ce point. Nous savons, du reste, en thèse générale, que l'article 883 s'applique au partage d'une indivision quelconque.

Mais il s'agit de savoir si le partage fait, durant le mariage, entre une époux et ses copropriétaires indivis doit réfléchir contre son conjoint. Ainsi, Primus marié sous le régime de la communauté a la propriété indivise d'un immeuble. Durant le mariage, l'indivision cesse par un partage qui met tout le bien aux mains de celui-ci; si nous appliquons l'article 883, nous dirons : Primus a toujours été propriétaire de l'immeuble, et comme une règle du régime de communauté déclare propres les immeubles dont les époux étaient propriétaires au moment du mariage, le bien acquis est propre pour le tout. Au contraire, si nous écartons l'article 883, la portion acquise sera un conquêt.

D'une façon plus générale on peut se demander si le principe du partage déclaratif a quelque effet entre le copropriétaire et ses propres ayants-cause. Dans l'espèce, l'époux est ayant-cause à titre d'associé.

Posée dans ces termes absolus, la question peut recevoir une réponse radicale, consistant à dire que l'article 883 ne peut et ne doit avoir de portée qu'entre les copartageants eux-mêmes, ou bien entre les copartageants et les ayants-cause de leurs copartageants. On dit volontiers qu'appliquer le principe déclaratif entre tous conduit à des conséquences inadmissibles. Dans la mesure que nous venons d'indiquer plus haut, il est salutaire et donne des solutions tout équitables qui sont précisément celles que le législateur a voulu assurer : il consolide la propriété, et supprime les recours de cohéritier à cohéritier. Mais étendu au delà de cette sphère, il ne peut consacrer, dit-on, que de grossières injustices. On cite notamment comme résultat inadmissible, celui d'après lequel on distribuerait au marc

le franc, sans tenir compte des hypothèques consenties sur la part indivise, la portion du prix de licitation représentant cette part, attribuée à un copartageant non adjudicataire (Colmet de Santerre, sur Demante, art. 1408, § 36 *bis*, III).

Nous avons justement défendu plus haut cette dernière solution. Elle nous paraît très soutenable et la jurisprudence l'a plusieurs fois et récemment admise.

L'argument dont on se sert est bien simple : il est établi que le partage consolide sur la tête du communiste aloti, la propriété incertaine qui planait sur l'indivision ; il le rend maître exclusif de sa part ; et tous ses ayants-cause personnels profitent naturellement de cette nouvelle situation. Mais il ne peut en être ainsi qu'à la condition de tenir aussi pour exact que le cohéritier non apportionné n'a jamais eu de droit sur le bien dont le partage l'a éliminé. Il y a là un état de fait qui ne peut être renversé, même par les ayants-cause personnels de celui-ci ; il pèse forcément sur la situation de ces derniers. C'est le cas de rappeler ce principe de droit élémentaire : Les ayants-cause n'ont pas de droits là où l'auteur n'en a pas lui-même.

Mais abordons les difficultés pratiques que nous avons annoncées :

D'après les principes connus des effets des partages, on devrait considérer comme ayant appartenu dès l'origine à l'époux copropriétaire, les biens meubles et immeubles qui tombent dans son lot pendant le mariage. On devrait donc décider que c'est l'événement du partage qui, d'après la nature des biens attribués, règle tout ce qui doit entrer en communauté.

Nous soutiendrons cette opinion en ce qu'elle a de plus général. Bien qu'elle ait perdu aujourd'hui beaucoup de son crédit, elle nous paraît la plus logique et la plus digne d'être suivie.

La question, en pratique, a trois faces différentes :
1° Un immeuble indivis est licité durant le mariage, et adjugé à l'époux copropriétaire. — 2° L'époux copropriétaire d'une masse indivise, au lieu de recevoir sa part en valeurs héréditaires, reçoit une soulte ou un prix de licitation. — 3° L'époux copropriétaire reçoit, le partage ayant été fait en nature, des biens ou valeurs héréditaires.

Aux trois hypothèses, nous appliquerons l'article 883. Deux autres opinions sont soutenues : L'une distinguant le cas de partage en nature, et le cas où l'époux reçoit une soulte ou un prix de licitation. L'une applique et rejette alternativement le principe déclaratif ; l'autre l'écarte toujours. Ces deux systèmes n'ont, du reste, toute leur portée que dans les deux dernières hypothèses. La première est régie par une disposition formelle du Code dans l'article 1408. Mais nous avons réuni les trois cas, comme devant être examinés tous les trois à la lumière de la même idée dominante : Pour nos contradicteurs, cette idée est que l'article 883 doit être écarté ; pour nous, c'est le contraire, et l'un de nos arguments est justement tiré de l'article 1408.

Pothier disait : « Les héritages et autres immeubles » d'une succession échus à quelqu'un par le partage » qu'il en a fait avec ses cohéritiers lui sont propres » entièrement, et non pas seulement pour la part héréditaire qu'il avait avant le partage. Quand même

» ils excéderaient le montant de sa part héréditaire et
» seraient chargés, en conséquence, d'un retour en
» deniers, ils seraient entièrement propres et non pas
» seulement jusqu'à concurrence de sa part hérédi-
» taire. Par conséquent, suivant notre règle, ils doi-
» vent aussi être entièrement propres de communauté
» quand même le partage aurait été fait durant le ma-
» riage, sauf seulement la récompense que le conjoint
» héritier doit de la somme qu'il en a tirée pour
» payer le retour dont son lot était chargé. *Cette*
» *maxime est tirée de notre jurisprudence française,*
» *sur la nature des partages.* Ces principes sont, sur
» cette matière, entièrement opposés à ceux du droit
» romain.... »

Lors de la discussion du Code civil, et sur la rédaction même de l'article 1408, aux termes duquel « l'ac-
» quisition faite pendant le mariage à titre de licita-
» tion ou autrement, de portion d'un immeuble dont
» l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme
» point un conquêt; » il a été dit que cet article n'é-
tait que la conséquence du principe général posé par
Pothier. Entendez Tronchet : « Cette disposition est
» fondée sur le principe général admis en matière de
» succession, que tout ce qui est recueilli en matière
» d'hérédité est propre, et que tout corps héréditaire
» adjugé à l'un des héritiers est censé avoir passé dans
» sa main pour la totalité à ce titre; et c'est pour cette
» raison que les portions qui appartiennent par indivis
» aux autres héritiers ne sont pas chargées de.... » Et
le Tribunat, pénétré de la même idée, insistait pour que
la disposition de l'article 1408 comprît tous les cas as-
similés ordinairement au partage; observation qui fit

intercaler le mot « ou autrement » qui n'existait pas d'abord.

On a dit depuis, que l'article 1408 ne dépendait en rien de la théorie du partage déclaratif, qu'il ne faisait qu'interpréter la volonté des époux. Ceux-ci, dit-on, n'ont pu raisonnablement vouloir greffer une indivision nouvelle sur les débris de l'ancienne. Siméon a bien fait cette remarque, mais nous ne croyons pas que lui-même l'ait représentée comme la raison dominante de l'article 1408; et l'eût-il fait, il n'en serait pas moins établi que le sentiment général des rédacteurs du Code était celui que nous avons indiqué tout à l'heure.

Cette interprétation a pour elle nombre d'auteurs : « Cette disposition résulte du principe de droit français » consacré par l'article 883, suivant lequel celui qui » se rend adjudicataire d'un objet dont il était pro- » priétaire par indivis est censé avoir été seul proprié- » taire à partir du moment où la communauté s'est » formée » (Duranton, XIV, § 196).

Troplong dit encore : « L'article 1408 est fondé sur » une circonstance essentielle : l'indivision..... Dès que » l'indivision existe, elle suffit pour opérer *l'attraction* » *de l'acquêt en propre*. L'article 1408 s'inquiète du » fait de l'indivision, c'est là le point capital..... »

La jurisprudence appelée à se prononcer a souvent consacré ce système. On sait que d'après elle, l'article 883 ne s'applique que si l'indivision cesse absolument entre communistes. Eh bien! elle a jugé que l'article 1408 étant fondé sur la théorie du partage déclaratif, ne devait pas régir les cas où l'indivision n'avait pas cessé complètement. Ainsi, contrairement à un arrêt de

la Cour de Caen, la Cour de cassation a décidé que l'article 1408 devait être écarté dans une hypothèse où une cession de droits successifs n'avait pas éteint absolument l'indivision (Cass., 10 juill. 1850; P. 1850, 2, 666). Un nouvel arrêt de 1865 pourrait être opposé à celui que nous venons de citer. Mais cet arrêt tranche une question d'enregistrement, et la jurisprudence fiscale diffère sensiblement de la jurisprudence civile en notre matière. L'arrêt de 1850 subsiste donc, il consacre à la vérité une conséquence sur laquelle nous aurions à faire quelques réserves, mais nous retenons le principe, à savoir que l'article 883 domine l'article 1408. M. Pont est particulièrement affirmatif sur cette question (V. *Revue crit.*, t. I, p. 202; t. II, p. 513).

Sans entrer dans le détail des conséquences multiples qu'entraîne l'adoption de ce système, nous le tenons simplement pour établi. C'est là un point très intéressant. Si l'article 1408 a la portée démonstrative que nous avons dite; s'il apparaît que les législateurs aient voulu transporter ici les règles admises en matière de succession, il faudra nous inspirer du même esprit dans la discussion des deux autres hypothèses qui nous restent à étudier et que nous abordons immédiatement.

Ordinairement en jurisprudence on fait la distinction indiquée *suprà*. Le partage attribue-t-il à l'époux des valeurs ou bien héréditaires? 883 s'applique. — Le conjoint reçoit-il une soulte ou un prix de licitation, 883 est écarté, et pour la détermination des droits de la communauté, on estime la valeur comparée des meubles et des immeubles dans la succession en cause.

Ce système a pour lui l'autorité de Pothier; la meil-

leure façon de le faire entendre est de donner le texte où ce jurisconsulte l'établit : l'auteur examine les exceptions au principe qui fait entrer tous les meubles en communauté : « Les choses mobilières qui sont substituées durant la communauté, à quelque propre de communauté de l'un des conjoints font pareillement des propres de communauté de ce conjoint... Il citait comme exemple le cas : « Où l'un des époux reçoit la créance » d'une somme d'argent due pour le retour d'un partage d'une succession de biens immeubles, que l'un des conjoints a fait durant la communauté avec ses cohéritiers. Cette créance, quoique mobilière, n'entre pas en communauté, étant provenue durant la communauté à ce conjoint du droit qu'il avait à une succession d'immeubles qui est un droit immobilier. »

Pourquoi cette décision?... « Parce que ce retour » n'est pas un simple effet mobilier de la succession » auquel on puisse dire que le conjoint a succédé. On » ne peut pas dire que ce soit un effet de la succession, » puisque la succession était tout immobilière, et que » ce n'est pas dans la bourse de la succession, mais » dans la bourse particulière du cohéritier qui en est » chargé que doit se prendre ce retour. Ce retour... » doit donc passer... pour une créance contre son co- » héritier, mobilière à la vérité, mais qui lui tient lieu, » non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant suc- » cédé qu'à ceux échus dans son lot, mais d'un droit » immobilier indéterminé, puisqu'elle lui tient lieu de » ce qui manque à son lot pour parfaire sa part et son » droit à la succession, Cette créance lui est provenue » durant le mariage du droit qu'il avait une succes-

» sion immobilière. Elle doit donc, suivant notre prin-
» cipe, quoiqu'elle soit mobilière en soi, être exclue
» de la communauté... »

Pothier ajoute qu'il en est tout autrement dès que le partage est fait en nature. « On ne peut pas dire en » ce cas que ce que le conjoint a eu de mobilier dans » son lot de plus que le montant de sa part, dans le » mobilier de la succession, lui tienne lieu et soit » subrogé à ce qu'il a eu de moins que sa part dans » la masse immobilière... et par conséquent l'exclure » de la communauté » (Pothier, *Communauté*, § 100).

Tel est l'exposé très clair de la doctrine de Pothier. Beaucoup d'interprètes n'y ont absolument rien changé, et l'acceptent telle quelle. Nous ne saurions mieux faire que de rapprocher de cette doctrine un arrêt très récent de la Cour de Caen rapporté au *Journal du Palais*, année 1881, p. 587.

Primus marié sous le régime de la communauté légale avec Prima. — Primus appelé durant le mariage, à la succession de son fils Secundus en concours avec un légataire universel Tertius. Primus héritier réservataire du quart. — Succession comprenait un actif net de 513,174 68 dont 341,396 88 en valeurs mobilières et 172,377, 80 en immeubles. — Quart revenant à Primus en immeubles était 43,094 45 — Immeubles déclarés impartageables et licités — Primus se rend adjudicataire à concurrence de 20,700 — Dans la liquidation postérieure, il est fait une masse du prix de licitation et des valeurs mobilières, et adjugé à Primus son prix 20,700, et pour compléter sa part immobilière des valeurs mobilières jusqu'à due concurrence. — En somme Primus reçoit pour le remplir de sa part dans

les immeubles adjugés au légataire Tertius, 22,394 de plus qu'il ne lui revenait dans les meubles.

Notez que c'est bien là, quoiqu'un peu compliquée, l'hypothèse prévue en dernier lieu par Pothier.

Primus vient à mourir. — Le notaire liquidateur de la communauté prétend faire figurer au chiffre des reprises nos 22,394 fr. comme représentant une valeur propre.

La Cour de Caen décide que les 22,394 fr. sont tombés en communauté sans récompense.

Un seul considérant mérite d'être retenu, si l'on veut fixer la doctrine de la Cour de Caen : « Attendu... » que... si Primus avait été rempli de la somme de » 22,394 fr. a même le prix dû par Tertius, il aurait » recueilli une valeur formée par un prix de licitation » qui ne serait tombée dans la communauté qu'à charge » de récompense; qu'il n'en a pas été ainsi, qu'au » contraire la somme de 22,394 fr. a été fournie en » *effets mobiliers provenus de la succession*; d'où suit » que la fiction du partage ayant reçu son application, » Primus est réputé avoir été saisi de la somme au » moment de la mort du *de cujus*, et ce, en effets mo- » biliers de la succession de celui-ci, et que cette somme » est tombée dans la communauté légale en vertu » de l'article 1401-1^o... »

La Cour de Caen a bien jugé dans l'espèce; mais la restriction qu'elle met à sa doctrine nous semble injustifiable. Même si Primus avait été rempli de sa part immobilière sur le prix de licitation, nous dirions encore, contrairement à ce que pense la Cour de Caen, que les 22,394 fr. seraient tombés en communauté sans récompense.

Aussi bien l'autre système radical que nous avons annoncé prétend-il, lui, que dans l'espèce, la Cour de Caen a encore mal jugé. D'après lui, elle devait décider, que pour avoir reçu en place de la part d'immeubles à laquelle il pouvait aspirer, des valeurs héréditaires mobilières, Primus n'en avait pas moins droit à récompense, et devait à la liquidation opérer le prélèvement de ses 22,394 fr.

Cette opinion, qui compte dans la doctrine de très nombreux et très autorisés partisans, invoque surtout l'équité. L'article 883, dit-on, ne peut s'appliquer, dans l'espèce; son origine, son utilité pratique propre, la présence même de l'article 1408, décidant un cas particulier, ce qui prouve que le législateur ne croyait pas l'article 883 applicable à notre matière, l'article 1558, tout le prouve. Il faut donc admettre, en règle générale, que si l'un des époux est appelé à une succession composée de meubles et d'immeubles, la question de savoir dans quelle proportion sa part héréditaire tombera dans la communauté ou lui restera propre ne doit pas se résoudre par application de l'article 883, et suivant le résultat du partage, mais toujours d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles héréditaires. C'était bien là l'avis de Lebrun qui terminait sa discussion en affirmant que le principe déclaratif devait être écarté : « On doit se » défaire ici de tous les préjugés de la matière des » successions..... Ces raisons sont hors-d'œuvre en » fait de récompenses de communauté qui ne touchent » point aux partages de succession et les laissent comme » ils sont, mais qui indemnisent le conjoint de ce qu'il » devait avoir et sont un remède nécessaire pour con-

» server l'égalité entre les conjoints. » Sous une autre forme, les partisans de la théorie de Lebrun disent, eux aussi, aujourd'hui, que si l'on ne suit pas ce système, on fait échec aux articles 1437 sur les récompenses, et 1096 sur la révocabilité des donations entre époux.

Nous accorderons volontiers que si, dès l'ouverture de la succession, l'héritier quel qu'il soit a un droit fixe sur chaque objet, meuble ou immeuble, de l'hérédité, il sera très exact de dire : Primus, époux commun, a droit à telle valeur en meubles, telle valeur en immeubles; les droits de la communauté se trouvent en même temps fixés, et si plus tard on remplace par des combinaisons particulières les valeurs mobilières en valeurs immobilières pour les mettre ou les soustraire au lot de l'époux héritier, on porte un grave préjudice ou l'on fait un avantage exagéré et illégal à l'autre conjoint.

Mais, en raisonnant ainsi, on résoud la question par la question. Nous prétendons précisément et nous soutenons toujours la même thèse, que l'ouverture de la succession ne donne aucun droit fixe à l'héritier sur chacun des objets particuliers de l'hérédité. Si bien que ni la communauté, ni le conjoint successible n'a de droits acquis sur telle ou telle valeur spéciale. Il suit qu'on ne peut pas dire : l'événement du partage vient faire échec aux articles 1437 et 1096. On ne dépouille pas ceux qui n'ont pas de droits.

Quant à l'objection directe tendant à prouver que le législateur a entendu proscrire en notre matière l'application de l'article 883, elle ne paraît pas non plus concluante. Il reste démontré qu'en écrivant l'ar-

ticle 1408 le législateur voulut, au contraire, indiquer formellement que la théorie du partage déclaratif régissait l'espèce qu'il avait en vue, et nous devons apporter le même esprit à la discussion de toutes autres hypothèques de même ordre. La jurisprudence ne paraît pas avoir jamais admis l'opinion absolue que nous venons de combattre.

Mais nous n'admettons pas davantage le système de distinction qu'elle a adopté sur la foi de Pothier. Malgré l'embarras que nous éprouvons de nous séparer, ici, de notre guide habituel, il ne nous paraît pas qu'il soit possible de distinguer, comme le dit notamment l'arrêt de la Cour de Caen, entre le cas où l'époux est apportionné en valeurs héréditaires, sans qu'il soit tenu compte de la valeur comparative des meubles et des immeubles, et celui où il reçoit un prix de licitation ou une soulte. L'objection de Pothier tend à prouver que « apportionné en effets de la succession, meubles ou immeubles, le conjoint peut très bien affirmer tenir sa part directement du *de cujus* en vertu de la saisine ; c'est l'application de l'article 883 ; mais rempli de sa part en valeurs étrangères à l'hérédité, l'époux héritier ne peut tenir le même raisonnement. L'argument ne porte pas bien. N'oublions pas que pour donner sa première solution, Pothier se place sous la protection du principe déclaratif. « ...Les héritages et autres » immeubles... quand même ils excéderaient le montant » de sa part héréditaire..., seraient entièrement pro-pres... *Cette maxime est tirée de notre jurisprudence sur la nature des partages* » (V. *suprà*). Si la théorie du partage déclaratif domine notre sujet, et Pothier l'établit, elle doit régir aussi bien que le partage

simple, tous les actes assimilés. On ne peut appliquer l'article 883 dans une de ses parties et le rejeter dans l'autre. Au moins l'opinion précédente, en l'écartant toujours, était logique. La pratique a reconnu cette dernière prétention inadmissible; mais en consentant à considérer comme déclarative de propriété l'attribution mobilière ou immobilière faite à un époux copartageant, pourvu qu'elle soit faite en effets de la succession, on perd la faculté d'écarter le système déclaratif, au cas où l'époux reçoit une soulte ou un prix de licitation. Car la loi ne fait pas de distinction, pas plus au point de vue du texte, qu'au point de vue de son esprit, entre le partage simple, le partage avec soulte, la licitation et tous actes faisant cesser l'indivision. On dit : Pouvez-vous prétendre que l'époux copartageant a directement succédé à un effet de la succession? Nous répondrons : Prétendez-vous, de votre part, démontrer que l'époux copartageant ait jamais eu un droit certain et déterminé sur l'objet à propos duquel on prétend établir le droit à la récompense? L'événement du partage en attribuant l'objet à un copartageant autre que l'époux, copartageant déclaré propriétaire exclusif, prouve évidemment le contraire. Il n'est donc pas vrai de dire que l'époux ait succédé à un droit immobilier. Son droit n'a pas de caractère propre jusqu'au partage. Partant il n'y a jusque-là droit acquis pour personne, et il n'est pas possible de prétendre que tel ou tel mode de division appauvrit un patrimoine au dépens d'un autre.

Il peut y avoir tout au plus des espérances trompées; certaines collusions intéressées se produiront peut-être. Mais il y a des remèdes ordinaires à cette situation;

en première ligne, la faculté pour les tiers d'intervenir au partage (art. 882). Entre les époux, l'article 848 peut aussi fournir un secours sérieux.

Notre doctrine était celle de Bourjou. Il disait, entre autres choses : « Comme la fraude ne doit point se » présumer, il faut à l'égard de la communauté, dans » l'un et l'autre cas, (cas où l'époux reçoit une soulte, » cas où l'attribution mobilière ou immobilière faite à » époux, n'est pas proportionnelle à la valeur comparée » des meubles et des immeubles), il faut, disait-il, s'en » tenir aux opérations du partage, à moins que la fraude » ne soit évidente, autrement ce serait enter contes- » tation sur contestation, et en faire renaître une que » toute une famille a éteinte par son concours. Ce » n'est pas là l'esprit de la loi, et *l'on s'en écarte beau- » coup quand on s'écarte de la simplicité toujours sa- » lutaire.* »

- Avec le régime dotal, l'article 883 a-t-il encore quelque influence? et faut-il admettre que le partage déclaratif ait un rôle prépondérant, dès qu'il s'agit de déterminer la composition de la dot.

Notre principe, ici comme ailleurs, produit son effet principal. Mais il faut reconnaître qu'il est paralysé dans ses conséquences indirectes par les règles toutes particulières du régime dotal.

Toute cette matière est en effet dominée par l'idée que la dot doit être strictement délimitée quant à sa quotité. Il n'y a de valeurs et de biens dotaux que ceux que les époux ont formellement déclaré devoir être tels, dans le contrat de mariage.

En posant cette règle absolue, le législateur a voulu protéger les tiers et les époux eux-mêmes. Il a du même

coup manifesté l'hostilité qu'il ressentait vis-à-vis de ce régime (V. art. 1540-1542 *in fine*. 1543-1392. 1391. Dans le régime dotal, si l'on veut savoir quels biens sont dotaux, il faut donc avant tout savoir quels biens les parties ont clairement dit vouloir être tels. La question est tout entière dans une interprétation de volonté, interprétation que le législateur prescrit devoir être restrictive.

1° Supposons une constitution dotale comprenant un bien indivis. L'article 1558 donne sur cette espèce une solution. Si le bien indivis est licite, il décide que l'excédant au-dessus des besoins reconnus, sur la part du prix de vente accordé à la femme, reste dotal. Si la valeur revenant à la femme dans ces conditions est dotale, n'est-ce pas, a-t-on dit, que l'article 883 ne s'applique pas? S'il s'appliquait, au cas au moins où le bien aurait été adjugé à un communiste, la femme devrait être considérée comme n'ayant jamais eu aucun droit dans l'immeuble, et il faudrait dire que la valeur reçue par elle n'est pas dotale. On s'est servi de cet argument pour prouver à un point de vue général, que l'article 883 n'avait aucune application entre époux. Nous ne croyons pas à l'excellence de ce raisonnement. Il existe un effet de droit absolu : l'effet déclaratif et rétroactif du partage. Mais dans l'espèce, l'effet de droit est paralysé par un fait : le fait, c'est la volonté des conjoints interprétée par la loi dans l'article 1558. Il ne faut pas, et les époux n'ont pas voulu que la dot subisse au cours du mariage une atteinte quelconque. Il est naturel de penser que la femme copropriétaire d'un immeuble indivis, a entendu mettre dans la dot, une valeur équivalente soit en nature, soit en argent,

une valeur équivalente à celle que lui procurerait le partage équitable au prorata de sa part indivise, dans l'immeuble commun.

Il n'y a donc aucune raison d'étendre au régime de communauté légale la disposition de l'article 1558. Et pour ce qui est du régime dotal, l'explication donnée indique de quel esprit on doit s'inspirer dès qu'on examine, au point de vue de la théorie du partage déclaratif, quels biens doivent être considérés comme dotaux.

Au cas particulier où la constitution de dot porte sur un immeuble indivis, si au lieu de l'événement prévu par l'article 1558, la femme se rend adjudicataire de tout l'immeuble, l'immeuble, pour devenir la propriété exclusive de cette dernière, ne serait cependant dotal que dans la mesure de la part indivise de la femme (Limoges, 22 juillet 1835, S. 39, 2, 299; Rodière et Pont, III, 1663; Aubry et Rau, § 534, texte et note 41).

Une constitution de tous biens présents, et même une constitution de tous biens présents et à venir, ne ferait pas obstacle à la solution que nous venons d'admettre.

Il nous paraît cependant, que si le contrat de mariage était tellement conçu que la mesure de la dotalité dût se mesurer d'après l'événement du partage à intervenir, il faudrait donner à l'article 883 toutes les conséquences indirectes auxquelles il conduit ordinairement.

- On peut supposer la femme dotale copropriétaire d'une hérédité ou autre universalité juridique, et une constitution de dot soit de biens présents, soit de biens à venir.

MM. Aubry et Rau font ici une distinction qui nous semble très acceptable (§ 534, texte et note 44) : « Si » la femme se rend adjudicataire sur licitation d'un » ou de plusieurs des immeubles communs, ces im- » meubles deviennent dotaux pour le tout, à suppo- » ser que les consorts de la femme soient exclusive- » ment remplis de ce qui leur revient en valeurs pro- » venant de la masse commune; et, dans l'hypothèse » contraire, ils ne le deviennent que sous la déduction » d'une portion correspondante à la soulte que la femme » aura à payer de ses propres deniers. »

Nous tenons en effet, que, au point de vue de la propriété, l'article 883 produit toujours son effet; mais au point de vue de la dotalité, la volonté des parties engagées doit être interprétée en ce sens qu'ils ont considéré comme devant être dotal tout ce qui peut être normalement attribué à l'époux copartageant, dans la limite de son droit de communiste.

Toutes les difficultés sur ce point doivent être résolues avec le même principe. (V. *Journal Palais*; Cass., 21 mars 1860).

L'article 563 du Code de commerce porte une assez grave atteinte à l'hypothèque légale de la femme mariée. Il décide que celle-ci n'aura d'hypothèque sur les biens de son mari commerçant, failli, « que sur les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui seraient advenus depuis soit par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire. »

Supposons notre commerçant failli apportionné par un partage de succession, soit par suite de licitation,

soit autrement, d'une valeur immobilière supérieure à sa part, et les autres cohéritiers apportionnés en argent. Nous dirons : En vertu de l'article 883, le failli a été propriétaire *ab initio* de l'immeuble dont il est à présent détenteur. L'hypothèque légale s'exercera sur tout cet immeuble.

La jurisprudence et de bons auteurs ont, en effet, souvent décidé ainsi (V. Limoges, 14 mai 1853; *J. P.* 1856, t. I, p. 282; Pont, *Privil. et hypoth.*, 536); — mais la solution a été contestée par d'autres arrêts et par d'autres jurisconsultes. Il ne faut pas oublier, dit-on, que le législateur de 1838, comme celui de 1807, a toujours eu pour but de prévenir les fraudes susceptibles de porter atteinte à la sécurité du commerce et d'enrichir les femmes des faillis au préjudice des créanciers. Cette préoccupation exige que l'article 883 soit absolument écarté en notre matière. Comment ne voit-on pas que le commerçant agissant au partage, saisira toutes les occasions de faire entrer en son lot, des valeurs immobilières, même au prix des ressources particulières qui alimentent son commerce? De sorte que le gage mobilier de ses créanciers se trouverait un jour transformé au détriment de ceux-ci en immeubles dits successoraux qui ne sont rien moins que tels? Pour être efficace, la protection que l'on accorde aux tiers doit conduire, dans le cas de l'article 563, à refuser à la femme l'exercice de son hypothèque sur tout immeuble qui ne serait pas la représentation directe de la mesure du droit héréditaire du mari. Les biens possédés lors du mariage sont, bien entendu, hors de discussion (V. Paris, 8 avril 1853; *J. P.* 1856, I, p. 181).

Nous préférons, quant à nous, le système précédent.

Étant admis que l'article 883 est d'ordre général, il faut pour l'écarter une disposition formelle du législateur. Loin d'être contraire à notre thèse, le texte de l'article 563 lui est au contraire très favorable. Les travaux préparatoires de la loi de 1838 indiquent aussi que le législateur n'a pas voulu faire au principe déclaratif l'exception que l'on veut introduire. Mis en mesure de déclarer, comme on le prétend aujourd'hui, que la femme ne pourrait exercer son hypothèque légale sur l'immeuble entier, dès que le mari, pour l'avoir en son lot, aurait été obligé de payer quelque soulte, les législateurs ont formellement répondu qu'ils ne l'entendaient pas ainsi. Ils ont pensé, et nous croyons aussi, que les créanciers trouveraient pour leur intérêt une protection suffisante dans l'application des principes généraux qui leur permettent d'intervenir (V. Renouard, *des Faillites*, t. II, p. 300).

Les rédacteurs de la loi de 1838 pensaient donc n'apporter aucune dérogation aux règles de droit civil. Le mot « succession » employé par l'article 563, pour caractériser la provenance des biens échus pendant le mariage, est inséparable de l'idée d'un partage, et de tous les effets légaux qu'y attache le droit commun : partant, l'hypothèque légale de la femme grèvera sans réserve tous les biens immeubles recueillis dans une succession par son mari failli (Comp. Pont, *Hypoth.*, § 536; Limoges, 14 mai 1853; *J. P.* 1856, I, p. 282; Metz, 20 décembre 1865, *J. P.* 1868, p. 721).

§ 5. *De quelques autres applications de l'article 883.*

I. *Combinaison des articles 1021 et 883.* — Notre droit défend le legs de la chose d'autrui.

Le legs d'une chose indivise n'est pas *à priori* le legs de la chose d'autrui, puisque chacun des copropriétaires a un droit qui s'étend sur toute la chose tant que l'indivision subsiste.

Le partage ou la licitation vient à résoudre les droits des copropriétaires du testateur; celui-ci se trouve bien avoir légué sa chose. Si toutefois il arrive que le droit du disposant défaille par l'événement du partage, et non celui de ses copropriétaires, il faut dire que le legs de l'objet indivis est un legs de la chose d'autrui, et la disposition tombe. Ainsi voit-on comment il faut tenir compte du principe de l'article 883 dès qu'il s'agit de déterminer les effets d'un legs d'une chose indivise. Cependant une réserve s'impose : en matière de legs, c'est l'intention du testateur qui est décisive. Dès que cette intention est assez claire pour faire échec au principe de l'article 883, il ne faut pas hésiter à sacrifier celui-ci. Au lieu de l'objet légué en nature, on doit alors remettre au légataire un équivalent en argent.

Voyons quelques exemples : on distingue ordinairement le cas où l'indivision a cessé à la mort du testateur, et celui où elle dure encore à la même époque.

a) L'indivision a cessé à la mort du testateur. Nous supposons, bien entendu, qu'elle a cessé par le par-

lage : si le testateur a reçu par l'événement du partage sa part en nature, le légataire recueillera cette part. — Si l'objet légué échappe tout entier au lot du testateur, l'article 1021 s'applique. — Mais le légataire aura-t-il toute la chose, si le testateur l'a recueillie tout entière? Il devient ici nécessaire d'interpréter la volonté du *de cuius*. Dans l'espèce, cette interprétation devra différer suivant que l'on se placera dans l'hypothèse d'un legs d'universalité, ou dans celle d'un legs d'un objet particulier. Au premier cas, il y aura peu de doutes : le légataire prendra tout le bien advenu au testateur. Au second cas, la même solution est beaucoup plus douteuse; les termes du legs fourniront, là-dessus, les plus sérieuses inductions (Comp. Cass., 28 févr. 1826; Laurent, t. XIV, § 137).

b) L'indivision subsiste au moment du décès du testateur. La libéralité du *de cuius* se trouve soumise à l'événement du partage à intervenir.

A-t-il légué un objet particulier? Le légataire prend la place du défunt, et il succédera à tout ce dont aurait profité celui-ci. Il est évident qu'il n'aura rien à prétendre si l'objet n'est pas mis au lot du testateur. L'article 883 s'applique, et on se trouve en présence du legs de la chose d'autrui.

A-t-il légué un bien qui fait partie d'une masse indivise? Nous dirons toujours : le droit du légataire dépend du partage à intervenir. Le bien tombe-t-il au lot des héritiers du testateur? Le legs sera valable. Le *de cuius* a toujours été propriétaire du bien qui fait l'objet de la libéralité.

En sens inverse, nous dirons, si le bien légué n'est

pas mis au lot du testateur : le *de cujus* n'a jamais été propriétaire de la chose dont il a disposé, l'article 1021 s'applique et les héritiers ne sont tenus d'aucune obligation vis-à-vis du légataire (Comp. Demante, t. IV, 166 *bis*, VIII). Les principes du partage imposent cette solution. Chaque copropriétaire par indivis n'a, en effet, sur les biens indivis qu'un droit déterminable par le partage. Au cas présent, le *de cujus* est déclaré n'avoir jamais eu de droits sur l'objet de son legs; la conséquence s'impose.

Cette décision a été contestée : les uns tenant rigueur au principe de l'article 883, et se défiant de lui, décident *à priori* qu'il doit être écarté de la discussion, et refusent de l'opposer aux légataires. Pour d'autres, il y a une interprétation de volonté qui s'impose : en disposant ainsi qu'il l'a fait, le testateur a clairement montré son désir : il a entendu que si le partage ne mettait pas en son lot l'objet légué, le legs serait exécuté en équivalents. De façon que le legs d'un objet faisant partie d'une masse indivise, ne devrait jamais être considéré, quel que soit l'événement du partage, comme legs de la chose d'autrui; mais bien comme une disposition faite par le *de cujus*, principalement en nature, et subsidiairement en équivalents, si la délivrance en nature devenait impossible.

Cette assertion se démontre, a-t-on dit, par l'article 1423. Aux termes de cet article, si le mari lègue un effet de sa communauté, si l'événement du partage n'attribue pas l'effet à son lot, ses héritiers n'en sont pas moins tenus de délivrer au légataire une récompense prise sur la part de communauté du mari ou sur ses biens personnels. Voilà, dit-on, le principe en

matière de legs d'indivision. Le législateur en fait une application directe à propos de communauté. Il n'existe, en effet, aucune raison de penser qu'il faille faire au mari une situation exceptionnelle, fondée sur les règles particulières du pouvoir marital, puisque ce pouvoir ne peut survivre au mariage. Rien ne justifierait ici une exception, l'article 1423 doit donc être pris pour la formule du principe général (Bunoir, à son cours).

Ce système ne nous paraît pas fondé, au moins en ce qu'il a d'absolu. Nous admettons que la volonté du testateur peut tenir en échec le principe de l'article 883. Dans le cas particulier de l'article 1423, le législateur suppose telle la volonté du mari. Il a de bonnes raisons pour cela. On comprend très bien que le mari, testant au moment où il est encore maître de la communauté, ait pu se considérer comme ayant le droit d'en disposer à son gré; en tout cas on lui ferait difficilement entendre que la libéralité peut devenir caduque. N'est-ce pas bien interpréter la volonté du mari que de lui supposer, au cas où l'effet donné ne serait pas mis en son lot, le désir de voir exécuter le legs par équivalent. Mais, en dehors de cette matière, dès que le testateur n'explique pas sa pensée, nous tenons pour l'application absolue de l'article 883. Pourquoi ne pas admettre que celui-ci a entendu se conformer au principe établi par le Code? Sans doute, il peut y déroger; mais qu'il le dise. Pour arriver à trouver dans l'article 1423 un principe général dominant tout le droit, il faut singulièrement forcer les termes de cet article. Il s'explique tout naturellement en prenant la première partie pour l'expression du principe général, et la seconde pour une exception

motivée par les raisons que nous avons données (V. Laurent, t. IV, § 138).

II. *Combinaison des articles 710 et 883.* — L'article 710 du Code civil est ainsi conçu : « Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. » Il s'agit dans la section où se trouve notre article, de l'extinction des servitudes par prescription. L'article 883 intervient ici de la façon suivante : Un immeuble indivis entre des majeurs et des mineurs a été licité ou partagé. L'immeuble est adjugé à un majeur. Une servitude était établie en faveur de cet immeuble sur un tiers. Après l'adjudication faite à un des copropriétaires majeurs, le tiers grevé se tourne vers celui-ci et dit : J'ai prescrit la servitude établie au profit de votre fonds. L'adjudicataire réplique : Vous n'avez rien prescrit du tout, parce que, parmi les copropriétaires il y avait un mineur, et qu'en matière de prescription *minor relevat majorem*. Le tiers reprend : En vertu de l'article 883, le mineur n'a jamais été propriétaire, vous, majeur, vous l'êtes *ab initio*. Je n'ai donc jamais eu affaire qu'avec vous et j'ai pu prescrire.

Il est généralement écrit que la prétention du tiers est excessive, et que l'article 883 n'a pas d'application à notre cas.

Cependant la Cour de cassation s'est prononcée deux fois dans le sens favorable à l'application de la théorie du partage déclaratif. Nous nous sommes reporté à ses deux arrêts, et ils ne paraissent pas avoir fait sérieuse difficulté.

« Il est constant, dit la note sur le premier arrêt
» de 1845, que le mineur relève le majeur de la pres-
» cription, quand il s'agit d'objets indivisibles... Mais
» pour l'application de cette règle, il faut qu'il s'agisse
» d'un droit ou d'une chose indivise entre le majeur
» et le mineur. Si donc le majeur est devenu seul
» propriétaire par l'effet d'un partage qui fait remonter
» son droit privatif à une époque antérieure au temps
» où la prescription a pu être suspendue par le fait
» d'une minorité, de telle sorte que le mineur soit
» réputé n'avoir jamais été propriétaire de la chose
» commune, l'indivisibilité n'est plus d'aucun in-
» térêt. »

Nous ne trouvons, quant à nous, rien à reprendre contre cette argumentation. La Cour de cassation la trouvait concluante : « Attendu que l'article 710 statue
» pour le cas d'une copropriété permanente et défi-
» nitive, et non pour celui d'une simple indivision
» transitoire qui a cessé, et que ce dernier cas est celui
» de l'article 883 qui est fait uniquement pour régler
» les effets d'un partage dont l'article 710 ne pouvait
» ni ne devait s'occuper. »

Appliquer ici l'article 883 n'a donc, à notre avis, rien d'exorbitant, et nous ne voyons pas là de quoi justifier le *tolle* général élevé contre cette solution.

On dit : Vous effacez l'article 710. — Loin de l'effacer, nous lui donnons sa véritable signification. Vous affirmez que l'article 710 ne subordonne pas sa décision à l'événement du partage; mais c'est précisément là la question, et il est manifeste que les termes de l'article ne la tranchent pas. La maxime « *minor relevat majorem* » n'a pas, après tout, sa justification dans une

idée de protection pour les communistes majeurs, mais dans la préoccupation d'être utile au mineur. Dans l'espèce, l'intérêt du mineur est-il en jeu? Peut-on dire qu'il est copropriétaire? Le partage déclare qu'il est un étranger.

On oppose l'article 709 combiné avec l'article 710. L'exercice de la servitude par un des communistes empêche la prescription à l'égard de tous : la présence du mineur équivaut, dit-on, à l'exercice de la servitude. Nous ferons la même objection que ci-dessus. Oui, pendant l'indivision, l'exercice de la servitude arrête la prescription. Mais il ne nous paraît pas prouvé qu'elle se trouvera de même arrêtée, si le partage écarte de la propriété le communiste qui a exercé la servitude.

Enfin, notre système serait en opposition manifeste avec l'esprit de la loi. L'article 883 a été établi pour protéger les cohéritiers. Voilà qu'il leur nuirait. Nous retenons l'objection. Elle permet de constater que si l'article 883 a cet effet, comme nous le pensons, c'est qu'il repose en somme sur une notion juridique certaine, et non sur l'arbitraire (Voir, sur cette question, les arrêts de cassation ci-dessus cités : 2 déc. 1845, S. 46, 1, 21 ; 27 août 1853, S. 53, 1, 707).

Nous donnerions la même solution que ci-dessus, si au lieu de prescrire un objet indivisible, comme une servitude, il s'agissait de la prescription d'une chose divisible.

III. *Loi du 22 décembre 1874, qui rend les navires susceptibles d'hypothèque.* — Cette loi a apporté une restriction assez importante à la théorie du partage déclaratif. Les navires sont souvent la copropriété de

plusieurs personnes. Le commerce maritime a besoin d'avoir un grand crédit. Ce serait lui porter une grave atteinte que de déclarer déchu de leurs hypothèques les créanciers qui auraient contracté avec un des propriétaires au cas où, le partage survenant, le navire ne serait pas attribué au constituant. Aussi l'article 18 de la loi précitée déclare : « Dans tous les cas de copropriété autres que ceux qui résultent d'une succession ou de la dissolution d'une communauté conjugale, par dérogation à l'article 883 du Code civil, les hypothèques consenties durant l'indivision, par un ou plusieurs des copropriétaires sur une portion de navire, continuent à subsister après le partage ou la licitation. »

On remarquera que la loi de 1874 revient au droit commun dès que la copropriété n'a pas été précisément créée en vue d'un intérêt commercial. Ainsi au cas de succession ou de communauté conjugale, l'article 883 reprend ses droits.

Le même article 18 restreint dans de justes limites l'exception qu'il introduit : « Toutefois, si la licitation s'est faite en justice dans les formes déterminées par les articles 201 et suivants du Code de commerce, le droit des créanciers n'ayant hypothèque que sur une portion du navire, sera limité au droit de préférence sur la partie du prix afférente à l'intérêt hypothéqué. »

Cette réserve faite au droit des créanciers est pleinement justifiée. Dans le cas des articles 201 et suivants du Code de commerce, toutes les garanties sont prises pour que la vente atteigne son plus haut prix. Il n'y a donc pas de bonnes raisons pour laisser survivre le droit de nos créanciers.

§ 6. *Du principe déclaratif en matière fiscale.*

Nos lois fiscales imposent les contrats civils. La perception se fait au moyen de l'Enregistrement. L'Enregistrement rend un double service : il sert de contrôle au ministère des officiers rédacteurs des actes authentiques, et confère date certaine aux actes sous-seings privés. De plus, il est la base d'une contribution considérable dont le produit, joint à d'autres impôts accessoires, dépasse annuellement un demi-milliard.

Le partage et ses diverses modalités tombent naturellement sous l'application des lois d'enregistrement. Il nous faut dire en quelques mots les principes qui dominent la perception de l'impôt en cette matière. Ils ont été fixés par la loi de Frimaire an VII. Les modifications apportées depuis n'ont porté que sur des points de détail.

La loi de Brumaire distingue deux grandes catégories d'actes : les actes ayant un caractère déclaratif, et les actes ayant un caractère translatif. Elle fait aux premiers une condition favorisée ; elle ne les impose que d'un droit fixe assez modéré ; au contraire, elle frappe les autres d'un droit proportionnel.

S'il nous était permis de transporter en droit fiscal les principes étudiés en droit civil, nous dirions *à priori* : Le partage, sous quelque modalité qu'il se présente, est un acte attributif ; il faut en conclure que la loi d'enregistrement ne l'imposera jamais que d'un droit fixe. Cependant il en est autrement.

On ne peut pas avoir une idée exacte des principes qui régissent notre droit fiscal sur ce point, sans remonter aux origines.

Le Contrôle, l'Insinuation et Centième denier, sont les droits auxquels a succédé directement, en 1790, l'impôt de l'Enregistrement.

L'ordonnance de 1581, de Henri III, créa le contrôle. On prescrivit l'enregistrement dans les deux mois des actes passés et reçus par aucuns notaires et tabellions du royaume: les actes de partage étaient compris dans l'énumération faite par l'article 1^{er} de l'ordonnance.

Le contrôle ne devint une institution sérieuse qu'à la fin du xvi^e siècle. Divers édits de 1693, de 1698, de 1699, de 1708, de 1710, le réglementèrent à nouveau, et établirent des tarifs plus ou moins élevés.

L'insinuation avait précédé le contrôle de 50 ans environ. Elle n'avait rien de bursal au début. Mais elle devint un moyen de finances sous Louis XIV par un édit de 1703. Elle se distinguait du contrôle. Celui-ci s'appliquait aux actes notariés: l'insinuation à tous les actes translatifs de propriété. Le centième denier constituait le salaire de l'insinuation. C'était un droit de 1 pour 100 dû sur toutes mutations de propriété ou d'usufruit d'immeubles, rentes foncières, et autres droits réels et immobiliers. Notons en passant que l'ordonnance de 1703 ordonnait aux possesseurs d'immeubles à titre successif de faire leur déclaration et payer le centième denier, sauf certaines réserves.

Diverses autres ordonnances de 1704, de 1705, de 1706, et surtout une plus importante de 1708 achevèrent de réglementer le centième denier. Il fut étendu à des actes n'emportant pas mutation de propriété, et ne

resta même plus subordonné à l'insinuation (V. sur tous ces points, Bonnefon, *Ét. hist. sur l'impôt et l'administ. de l'enregist.*, ch. III, p. 72 et suiv.).

À la même époque, la jurisprudence du Parlement avait fait triompher dans le domaine civil, la théorie du partage déclaratif; l'immunité du partage vis-à-vis des droits seigneuriaux était aussi reconnue en vertu du même principe. On n'avait pas reculé devant ce que M. G. Demante appelle la déduction extrême de la règle; les partages avec soultes, comme les licitations, profitaient des mêmes exemptions. Nous connaissons ces conséquences.

Le centième denier se trouvait en face d'une doctrine bien assise. Si la jurisprudence du conseil du roi, l'eût adoptée, les diverses modalités du partage n'eussent jamais donné lieu à la perception du centième denier, puisque cet impôt ne frappait en principe que les mutations. Mais on ne consentit pas à faire fléchir les droits du roi, comme on avait fait les droits seigneuriaux.

Écoutez Bosquet¹ : « Un partage n'est point attributif, mais seulement déclaratif de propriété de la portion échue à chacun des copartageants; ainsi le partage n'est point par lui-même sujet au droit de centième denier. Le seul impôt exigible était celui du contrôle. Le même auteur ajoute aussitôt qu'au contraire en cas de soulte ou retour de lot, « le droit de centième denier en est dû... parce que la somme payée par l'un des copartageants à l'autre, ou la rente dans laquelle il se constitue, est le prix d'une acquisition qu'il fait jusqu'à cette concurrence. »

¹ Bosquet : *Dictionnaire des droits domaniaux*, v^o Partage.

La loi de Frimaire a suivi les errements de la jurisprudence du centième denier, dont nous venons d'indiquer le principe d'après Bosquet. Elle soumet le partage simple au droit fixe ; elle reconnaît en cela la théorie du partage déclaratif. Mais elle frappe du droit proportionnel les soultes ou retours de lots.

Voilà donc établis les principes qui régissaient la perception de l'impôt royal sur le partage avant la Révolution, et du même coup les principes qui dirigent encore aujourd'hui notre législation fiscale.

Au premier abord, il peut paraître singulier que la jurisprudence ait donné sur le partage des solutions différentes, quant aux droits féodaux, et quant aux droits royaux. La distinction ne se légitime peut-être pas absolument ; mais elle s'explique. Les droits féodaux et l'enregistrement (lisez : l'impôt royal), sont à un certain point de vue, de même nature. La matière qu'ils atteignent est identique, les choses qu'ils frappent sont des faits juridiques, des conventions, des mutations, des contrats. Mais ils diffèrent essentiellement sur d'autres points : les droits féodaux constituent par leur cause et par leur objet, un droit réel du seigneur ; l'impôt de l'enregistrement constitue une obligation purement personnelle du contribuable ; les droits féodaux sont une redevance, le produit d'un fonds, le fruit d'une terre, l'impôt de l'enregistrement est une contribution d'intérêt commun ; le seigneur réclame ses profits comme un propriétaire réclame ses fermages, l'État n'exige l'impôt qu'en vertu de sa souveraineté ; il le demande comme un prix d'assurance à chaque possesseur de biens, acquéreur ou donataire, en retour de la sauvegarde qu'il accorde à tous ses sujets.

Ainsi jusqu'à la Révolution, les mêmes actes donnaient souvent lieu à une double perception, de la part du seigneur, propriétaire éminent, et de la part de l'État représenté par le roi. Les uns et les autres droits se légitimaient par des principes absolument opposés. On comprend à merveille que l'autorité royale soucieuse, avant tout, d'emplir les caisses de l'État, ait refusé d'admettre, dans l'ordre fiscal, les déductions extrêmes de la théorie du partage déclaratif. L'exemple des droits seigneuriaux abolis ne touchait guère les défenseurs des prérogatives royales. Ils sentaient bien que l'origine de la justification de leurs droits n'avaient rien de commun avec la féodalité. Les règles de celle-ci n'importaient guère en la cause qu'ils défendaient. Ils ne se préoccupaient pas davantage des solutions du pur droit civil.

De notre temps, l'administration de l'Enregistrement a émis la prétention de faire déclarer l'État propriétaire primitif. La propriété privée ne serait qu'une concession, et l'impôt de mutation la condition d'une espèce d'investiture que l'État substitue à la reprise de l'héritage lui-même.

Cette proposition est évidemment fausse, et la Cour de cassation l'a condamnée par un arrêt resté fameux du 23 juin 1857 (*V. J. P.* 1857, p. 673).

Si elle était exacte, la distinction admise en notre matière par le conseil du roi, d'abord, et plus tard par les lois de la Révolution, entre les droits féodaux et les droits royaux, entre le droit civil pur, et le droit fiscal ne s'expliquerait plus.

L'État a donc toujours été créancier à raison des mutations intervenues entre les citoyens, et comme en

matière d'impôt, l'utilité justifie bien des solutions, l'État appelle mutations des actes qui sont ordinairement réputés déclaratifs. Cette jurisprudence admise dès l'origine, est venue jusqu'à nous, avec les mêmes caractères principaux, et rien n'autorise à penser qu'elle doive être de si tôt abandonnée. Elle doit être particulièrement chère à ceux qui tiennent à la nature translatrice du partage.

Nous devons donner très rapidement les solutions pratiques admises pour l'enregistrement des partages. Nous verrons la part faite par le droit fiscal à la théorie de l'article 883. Trois lois forment toute la législation de notre époque : la loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 2 ; la loi du 18 avril 1816, art. 45-3° ; la loi du 23 février 1872. Les deux dernières n'ont apporté que des modifications de détail.

a). *Partage pur et simple.* — L'article 883 s'applique sans restriction au cas de partage pur et simple. Nous avons là un de ces actes déclaratifs mis à part par la loi de Frimaire, et légèrement tarifés comme tels. Cette disposition empruntée à la jurisprudence du centième denier permet aux auteurs d'affirmer que la théorie du partage déclaratif domine toute la matière du partage aussi bien en droit fiscal qu'en droit civil.

L'article 68, § 3, n° 2 de la loi de Frimaire soumet le partage à un droit fixe de 3 francs. En 1816, les nécessités budgétaires ont élevé le droit à 5 francs (art. 45-3°, l. 28 avril 1816). En 1872, on a apporté une dérogation plus grave. Le principe de l'article 883 est respecté. Mais on soumet le partage à un nouveau droit dit fixe gradué : ce droit, création de la loi de 1872, est

ainsi réglé : 5 francs pour les sommes et valeurs de 5,000 et au-dessous; 10 fr. de 5,000 à 10,000; 20 fr. de 10,000 à 20,000. Au-dessus 20 francs par chaque somme ou valeur de 20,000 ou fraction de 20,000.

A ce droit il faut ajouter deux décimes additionnels en vertu de la loi du 23 avril 1871, et un demi-décime en vertu de la loi du 30 décembre 1873.

b). Partages avec soultes ou retours de lot. — Toujours conforme à la jurisprudence traditionnelle du centième denier, la loi du 22 frimaire an VII, considère comme un acte mutatif la stipulation d'une soulte ou retour de lot. Les articles 68, § 3, n^{os} 2 et 69, § 7, n^o 5, frappent les retours de partage de biens immeubles d'un droit de 4 francs par 100 francs. Les retours de partage de biens meubles sont imposés à raison de 2 francs par 100 francs.

Bosquet rapporte que les droits de centième denier n'étaient pas perçus dès que les soultes étaient payées en effets provenant de la succession commune. Alors, celui auquel elle est donnée est censé la prendre dans la succession même jusqu'à concurrence de ce qui lui revient pour son partage. Cette solution de l'ancien droit est encore à suivre aujourd'hui (Champ. et Rigaud, *Enregist.*, n^o 2675).

D'après l'article 52 de la loi de finances du 28 avril 1816, le droit d'enregistrement des ventes d'immeubles est fixé à cinq et demi pour cent. En combinant cette disposition avec celle de la loi de Frimaire assimilant les partages avec soultes aux ventes d'immeubles, on arrive à dire que les soultes sont soumises au droit de 5 1/2 0/0. L'administration de l'en-

registrement a, en effet, élevé cette prétention. Elle a été justement repoussée (Cass., 27 juillet 1849). La disposition de la loi de 1816 vise, en effet, des actes dont la nature implique ordinairement la formalité de la transcription. Le système du Code civil en matière de transmission de propriété immobilière, laissait peu d'utilité à la transcription, et souvent on se dispensait de la faire. Le législateur, pour ne pas perdre ses droits, réunit en 1816 la perception du droit d'enregistrement et du droit de transcription. Mais la disposition de l'article 52 de la loi de 1816, s'éclaire et se complète par l'article 69 de la même loi. « Dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, dit l'article, le droit sera augmenté de un et demi pour cent. Il est clair que le partage même avec soulte n'est pas un acte de nature à être transcrit. » Le droit de 4 0/0 est donc le seul droit exigible dès qu'il y a soulte en immeubles. M. G. Demante résume bien la discussion : « L'opération est translatrice aux yeux de la loi fiscale, d'où » l'exigibilité du droit proportionnel d'enregistrement. » Elle est déclarative aux yeux de la loi civile, d'où la » non-exigibilité du droit de transcription.

c). *Licitation*. — L'article 69, § 5, n° 6, d'une part et § 7, n° 4 d'autre part, soumettent aux mêmes droits que les soultes, 2 0/0 en matière mobilière, 4 0/0 en matière immobilière, les *acquisitions* par licitation de parts et portions indivises.

Notez que la licitation ne donne lieu au droit proportionnel que sur la *portion acquise*. La loi de Frimaire prend encore ici les principes admis en matière

de centième denier et résumés par Bosquet : « Si le » cohéritier adjudicataire par licitation *n'est tenu de rien* » *débours*er, et qu'il soit seulement dit qu'il prendra » d'autant moins, jusqu'à concurrence du prix de la » licitation, dans les autres biens de la succession, » il ne doit aucun droit de centième denier, parce » qu'il n'acquiert rien et que des cohéritiers se rem- » pliront jusqu'à la même concurrence dans les biens » communs. »

En tant que la licitation attribue sa propre part à l'adjudicataire, l'enregistrement ne perçoit donc que le droit fixe de 5 francs. L'article 883 s'applique. Mais on ne s'entend pas sur ce qu'il faut appeler la part de l'adjudicataire. La jurisprudence dans son dernier état, considère que le droit proportionnel doit en principe se calculer sur ce qui excède la part de l'héritier adjudicataire non pas dans toute la succession, mais dans l'objet licité. On sent bien que cette façon de procéder favorise les exigences fiscales. Mais on l'a vivement critiqué. Bosquet, que nous venons de citer, ne paraissait point l'entendre ainsi.

Le système qui consisterait pour l'établissement des droits à percevoir à déduire, non pas la part de l'adjudicataire dans l'immeuble licité, mais une valeur égale à sa part dans toute la succession semble bien plus conforme à l'esprit de la loi. Il est clair, en effet, que dans cette mesure, le cohéritier adjudicataire prend sa part et rien de plus. Il n'est pas acquéreur au sens de l'article 69 de la loi de Frimaire.

L'administration fait une concession. Si le procès-verbal de licitation et l'acte de partage sont présentés simultanément à l'enregistrement, la part du cohéritier

dans la masse totale peut être facilement déterminée. On procède alors comme nous l'indiquions ci-dessus. Cette concession fournit un moyen facile d'échapper aux exigences fiscales.

d). Actes équipollents à partage. — L'ancien droit et le droit civil reconnaissent comme partage les arrangements de famille à l'effet de faire la division. L'administration de l'enregistrement a suivi la même doctrine. Toutefois, il n'est guère facile d'appliquer à tous ces actes une procédure uniforme. Les uns se rapprochent davantage d'un partage simple, d'autres d'un partage avec soultes, d'autres d'une licitation.

On applique par analogie les règles données plus haut pour chacun de ces actes.

- La perception des droits d'enregistrements en matière de partage donne lieu à plusieurs difficultés d'ordre général; difficultés analogues à celles que nous avons déjà étudiées dans l'ordre civil.

Au civil, la jurisprudence consultée sur la question de savoir si l'article 883 s'applique entre copartageants qui n'auraient pas un titre commun a répondu, après quelques hésitations, par l'affirmative. Sur la même question posée sur le terrain fiscal, la jurisprudence a admis au contraire, que le droit fixe de partage devait être écarté pour des communistes qui n'auraient pas communauté de titre. Cette solution s'appuie sur une loi du 14 thermidor an IV réformant la loi de 1790, et spécifiant que le « droit moindre » dû pour les partages ne serait appliqué qu'entre copropriétaires ayant un titre commun. Malgré tout, la jurisprudence que nous

venons d'indiquer est critiquée. On a du reste fait remarquer que la loi de Frimaire loin de reproduire la disposition de la loi du 14 thermidor an IV, a adopté au contraire une rédaction toute différente; elle déclare que le droit fixe s'applique en matière de partage « *à quelque titre que ce soit.* » La jurisprudence n'en est pas moins établie.

- On discute beaucoup en droit civil sur la détermination des actes que l'on doit réputer partages. Les mêmes discussions apparaissent en droit fiscal : elles ont un intérêt très grave; la perception d'un droit fixe ou d'un droit proportionnel dépend de la solution donnée.

Le partage réel auquel tous les communistes ont concouru est soumis au droit fixe, alors même qu'il ne fait sortir de l'indivision qu'un seul communiste, les autres restant en communauté. Il s'agit ici d'une attribution à l'héritier loti, faite en valeurs héréditaires, dans la mesure de ses droits. Dans l'espèce, dit la Cour de cassation, on a « un partage partiel en nature n'emportant aucune acquisition de parts indivises, et ne donnant, par suite, ouverture qu'au droit fixe d'enregistrement. » Cette décision est celle que nous avons relevée au civil dans plusieurs arrêts (V. G. Demante, II, § 710, et les arrêts cités).

Dans le cas d'une adjudication prononcée au profit de deux ou plusieurs colicitants par indivis, on considère les adjudicataires comme des acquéreurs, et on perçoit les droits de « portions acquises. » L'opération n'est pas considérée comme un partage.

- Le partage n'est pas soumis à transcription. Il s'élève quelquefois des complications. Soit un cession-

naire des droits successifs d'un héritier. Il se rend adjudicataire d'un immeuble licité; il est passible du droit de transcription à raison des hypothèques procédant du chef du cédant. On décide que 'le droit proportionnel de transcription perçu dans l'espèce, est perçu sur la totalité du prix. Pourquoi? c'est, dit la Cour de cassation que la transcription a son but propre et ses effets spéciaux. Elle est *indivisible* et ne peut être assimilée au droit d'enregistrement.

L'exigibilité du droit de transcription se justifie pour le cessionnaire étranger, vis-à-vis de son cédant, l'opération n'a aucun caractère de partage. Il est tenu des hypothèques procédant du chef de ce dernier. Pour s'en affranchir il faut purger; la cession est donc un acte de nature à être transcrit.

Nous dirons, fidèles à la doctrine que nous avons émise sur les premiers actes entre cohéritiers, que la cession faite par tous les cohéritiers à l'un d'eux vaut partage et nous ne la soumettrons pas à la perception du droit de transcription. Nous ne soumettrons pas davantage à la perception anticipée du même droit, la cession faite par un cohéritier à tous les autres.

La Cour de cassation soumet au droit de transcription la licitation faite à un héritier bénéficiaire. Elle décide qu'il doit en être ainsi parce que la transcription est nécessaire à celui-ci pour purger. L'héritier bénéficiaire n'a pas le droit de purger. Nous ne l'obligerons donc pas à transcrire.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

1. Le juge de l'action *familiæ erciscundæ* pouvait créer par *adjudicatio* des droits conditionnels.

2. Le copropriétaire a un recours non-seulement pour les dépenses nécessaires, mais encore pour les dépenses simplement utiles.

3. Le principe de la garantie en matière de partage ne conduit pas à la *conditio ob rem dati re non secuta*.

4. La gestion d'affaires n'existe jamais pour les actes où le gérant ne peut séparer son intérêt de celui du maître.

5. En supposant un mandat qui a déjà reçu un commencement d'exécution, les héritiers du mandataire doivent faire les actes urgents, ceux dont l'omission compromettrait le bénéfice de l'exécution commencée.

6. A Rome, le simple pacte crée une obligation naturelle.

7. Le *damnum non corpori datum* ne donne lieu qu'à une action *in factum*, et non à une action utile *ex lege Aquilia*.

DROIT CIVIL.

1. L'article 883 du Code civil n'est pas une fiction.

2. Sauf le cas de cession de cohéritier à cohéritier, le « *premier acte* » doit être considéré comme partage.

3. Au cas où un immeuble est licité à un tiers, la répartition du prix de licitation entre les colicitants détermine ceux d'entre eux qui ont pu consentir des hypothèques.

4. Au cas où un immeuble indivis est licité et adjudgé à un copropriétaire, la portion du prix attribuée à un colicitant non adjudicataire doit être distribuée au marc le franc entre les cohéritiers de celui-ci.

5. L'article 883 régit le partage des créances. Excepté le tiers débiteur, tous autres tiers peuvent se voir opposer le partage.

6. La décision de l'article 1408-1° dérive du principe de l'article 883.

7. L'article 1017 fait une fausse application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

8. L'héritier bénéficiaire adjudicataire sur licitation n'a pas le droit de purger.

9. Le jugement intervenu contre l'héritier qui est encore en état d'abstention dans l'hypothèse de l'article 800 n'a qu'un effet relatif.

10. La disposition de l'article 11 *in fine* de la loi de 1855 sur la transcription hypothécaire doit s'interpréter

en ce sens : il n'est pas dérogé aux dispositions du Code civil concernant la sanction de la transcription des donations.

11. Dans le cas où un partage d'ascendants serait sujet à rescision pour lésion, l'action rescisoire ne peut être intentée qu'après l'ouverture de la succession du disposant.

12. La disposition de l'article 2257 du Code civil ne s'applique pas en matière de prescription acquisitive.

DROIT CRIMINEL.

1. Les particuliers ont, aussi bien que le ministère public, le droit de poursuivre directement les ministres du culte devant les tribunaux pour faits délictueux commis dans l'exercice de leurs fonctions.

2. Le Chef de l'État peut ajouter à la grâce une disposition formelle relevant le condamné des peines accessoires.

3. L'immunité de l'article 380 du Code pénal ne profite pas au complice.

4. L'attaque contre les biens n'autorise pas *à priori* la légitime défense.

DROIT COMMERCIAL.

1. En matière de faillite, après la clôture du procès-verbal de vérification de créances, on peut encore contester une créance admise.

2. Les agents de change sont des commerçants.

DROIT COUTUMIER.

1. Dans le dernier état de l'ancien droit, la *légitime* est fondée sur la qualité d'héritier.

2. Les deux principales influences qui ont donné naissance au retrait lignager sont le droit germanique et le droit féodal.

3. En matière de partage, la théorie dite des aliénations nécessaires avait suffi à justifier toutes les immunités fiscales accordées à cet acte.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

1. L'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 est limitatif. Les traités d'extradition n'ont donc pas besoin d'être soumis aux Chambres.

2. La révision des lois constitutionnelles est, aux termes de l'article 8 de la loi organique du 25 février 1875, soumise à cette double condition : chaque Chambre doit voter séparément le principe de la révision ; et au congrès, la révision ne peut porter que sur les points déterminés par le vote séparé des deux Chambres.

Vu par le Président de la thèse,

P. CAUWÈS.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE L'ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ.

	Pages.
PRÉLIMINAIRE.	1

CHAPITRE PREMIER.

De l'action familiæ eriscundæ considérée in jure.	3
I. Conditions d'introduction de l'action <i>familiæ eriscundæ</i> quant aux personnes.	5
II. Conditions d'introduction de l'action <i>familiæ eriscundæ</i> quant aux biens.	13
De la formule.	32

CHAPITRE II.

De l'office du juge.	40
---------------------------	----

SECTION I. — Répartition du patrimoine entre les héritiers : —

§ I. Formation de la masse. — § II. [Division : a) prélèvements ; b) partage proprement dit.	42
---	----

	Pages.
I. Quels biens forment la masse héréditaire.....	43
a) Biens laissés par le défunt.....	43
b) Biens survenus aux héritiers, après l'adition d'hérédité <i>ex causa hereditaria</i>	46
c) Biens rapportés.....	48
II. Division du patrimoine.....	51
a) Prélèvements.....	51
b) Partage proprement dit : <i>adjudicatio</i>	55
SECTION II. — Des <i>condemnationes</i>	72
a) <i>Lucrum communicandum est</i>	73
b) <i>Damnum communicandum est</i>	74

CHAPITRE III.

Suites et effets du partage.....	81
I. Rescision.....	81
II. Garantie.....	83
III. Caractère translatif.....	85

DROIT FRANÇAIS.

THÉORIE DU PARTAGE DÉCLARATIF. ORIGINES COUTUMIÈRES. APPLICATIONS PRATIQUES DANS NOTRE DROIT.

PREMIÈRE PARTIE.

Origines coutumières de la théorie du partage déclaratif.

Première période.....	102
Deuxième période.....	117
Troisième période.....	140

DEUXIÈME PARTIE.

	Pages.
Droit moderne.....	158
§ 1. Quels actes méritent le nom de partage?.....	166
a) Partage simple.....	166
b) Partage avec soultes.....	168
c) Licitatation.....	169
d) Actes équipollents à partage.....	171
§ 2. Conséquences de l'effet déclaratif.....	183
I. Hypothèques.....	183
II. Aliénations.....	197
III. Conséquences au point de vue de la transcription..	201
§ 3. L'article 883 s'applique-t-il aux créances?.....	204
§ 4. Influence de l'article 883 sur la société conjugale.....	215
§ 5. De quelques autres applications de l'article 883.....	235
I. Combinaison des articles 1021 et 883.....	235
II. Combinaison des articles 710 et 883.....	239
III. Loi du 22 décembre 1874, qui rend les navires susceptibles d'hypothèque.....	241
§ 6. Du principe déclaratif en matière fiscale.....	243
a) Partage pur et simple.....	248
b) Partage avec soultes ou retours de lots.....	249
c) Licitatation.....	250
d) Actes équipollents à partage.....	252
POSITIONS.....	255

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
